

# INTRODUCTION

## Titre 1er OBJET DE L'ETUDE

### Section 1 Notion d'entreprise

- Dans de nombreux textes le terme entreprise est utilisé cependant aucune définition n'en est donnée.

#### §1. La doctrine

- La doctrine a tenté de donner une définition. Ce sont les économistes qui ont travaillé sur l'entreprise car quand on dit entreprise cela signifie qu'on est en présence d'un travail économique. Les économistes envisagent l'entreprise sous deux angles (externe et interne). L'angle externe, dans ce cas on envisage l'entreprise comme un agent économique qui produit des biens, réalise des services et on étudie son activité, relation avec les tiers notamment. Avec l'angle interne on s'intéresse à l'intérieur de l'entreprise. On étudie l'organisation des moyens agencés en vue d'une activité économique. Moyens humains, matériels. Cet organisation peut être très simple : une personne physique qui développe une activité économique : entreprise individuelle.

Définition de l'entreprise : « l'entreprise est une organisation unitaire voulue durable de moyens humains et patrimoniaux pour la réalisation d'une activité économique ».

#### §2. La notion d'entreprise en jurisprudence

- Il n'y a pas de définition unique. Selon la règle que le juge a appliquer l'entreprise peut être envisagé de manière différente. L'entreprise fait partie des notions fonctionnelles. Le juge met l'accent sur une partie de la définition. Il va rechercher si on est en présence d'une collectivité. L'entreprise n'est pas un sujet de droit, ce n'est pas une personne. A aucun moment elle n'est considérée comme une personne, elle n'a pas de droits ni d'obligations et encore moins de patrimoine. L'entreprise n'est pas un bien non plus même si elle est composée de biens.

### Section 2 Droit de l'entreprise, Droit commercial, Droit des affaires, droit économique...

#### §1. Droit Commercial

- Le droit commercial peut être défini comme le droit applicable aux commerçants et aux actes commerciaux. Dans le langage courant, un commerçant est une personne qui est dans le négoce. (Achat pour revendre). En droit toutes ces personnes, un industriel qui produit des biens en série, un banquier... : ce sont des commerçants.

Le droit commercial est un droit d'exception. La question est de savoir pourquoi certains bénéficient de droit particulier ? Le salarié bénéficie d'une règle particulière. Les historiens démontrent que les usages du moyen âge trouvent encore des traductions dans notre droit positif du 21<sup>ème</sup> siècle. Au moyen âge les réglementations étaient différentes.

#### §2. Du droit commercial au droit de l'entreprise

##### I) Expansionnisme

- Phénomène d'expansionnisme qui s'est réalisé. Autrement dit les règles issues du droit commercial se sont infiltrées au-delà du domaine d'application du droit commercial.

Adoption des textes par les particuliers en difficultés : procédure de surendettement.

##### II) Dimension pluridisciplinaire

...

## **Titre 2 Les sources du droit des entreprises**

### **Section 1 Les sources d'origines publiques**

#### **§1 Les sources d'origine interne**

##### **I) Bloc constitutionnel ; lois ; ordonnances ; règlements ; et sources administratives**

###### **A) Bloc constitutionnel et liberté d'entreprendre**

###### **1- Historique**

- Loi d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 qui n'ont pas été reprises par le législateur quand il a fait le code. C'est de cette loi que découle le principe de liberté d'entreprendre. Majorité des métiers étaient organisés en corporations. Chaque corporation faisait elle-même les règles de la profession. Les historiens montrent que pour qu'un compagnon accède à la qualité de maître il y avait des règles strictes (10 ans de stage) de sorte qu'en fait seul les fils des maîtres devenaient des maîtres. Compagnonnage : ancêtre des syndicats. Le système des corporations provoquait un verrouillage puisque pour accéder à un métier on ne pouvait l'exercer librement. Donc la loi d'Allarde rompt avec ce système « il sera libre à toute personne de faire telle négoce ou exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Les corporations sont interdites. Règne de l'individualisme. Le patron et l'ouvrier doivent se retrouver individuellement face à face, Loi le chapelier. Loi Waldeck rousseau qui réautorise les syndicats.

###### **2- Le sens du principe de la liberté d'entreprendre**

- Ce principe signifie que chacun a le droit d'exercer l'activité de son choix de manière indépendante. Ce principe joue aussi bien pour les activités professionnelles civiles que pour les activités professionnelles commerciales. Dans ce cas la liberté d'entreprendre est aussi appelée liberté du commerce et de l'industrie. La liberté de la concurrence est une liberté dérivée de la liberté du commerce et de l'industrie.

###### **3- La valeur de ce principe de liberté d'entreprendre**

- Quel est le pouvoir qui a compétence pour encadrer ce principe ? Marge de manœuvre de l'organe ? Le conseil d'état a posé que la liberté du commerce et de l'industrie était une liberté publique. Or, en vertu de notre constitution, article 34, c'est le parlement qui a compétence pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. De cette qualification adoptée par le conseil d'état, il résulte deux conséquences. La première c'est le parlement qui a compétence pour fixer les limites qui sont nécessaires à un exercice réel de cette liberté. Donc le pouvoir réglementaire n'a pas de compétence lorsqu'il s'agit de prendre l'initiative d'une limitation de cette liberté.

- Deuxième conséquence, la loi a compétence pour fixer les cadres généraux. Il en découle qu'une fois le cadre général fixé il revient au pouvoir réglementaire de poser les règles pour la mise en œuvre, mise en application de ce cadre général. Quelle est la marge de manœuvre du parlement ? Le conseil constitutionnel dans une décision du 16 janvier 1982, (loi sur les nationalisations) le conseil a affirmé que la liberté qui, au terme de l'article 4 de la déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait elle-même être préservée si les restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre. Le parlement ne peut pas adopter des restrictions à la liberté d'entreprendre. Le conseil constitutionnel a compétence pour contrôler les restrictions que le législateur pourrait apporter à la liberté d'entreprendre. Cette décision a été très vivement critiquée par certains auteurs qui ont estimé qu'à aucun endroit dans le bloc de constitutionnalité n'est mentionnée la liberté d'entreprendre. Le conseil

constitutionnel aurait donc pris une décision en inventant une sorte de constitution économique libérale. Le principe de la liberté d'entreprendre est un principe à valeur constitutionnelle. Donc le législateur ne peut pas supprimer cette liberté, mais il peut néanmoins lui fixer des limites. Lorsque le législateur introduit des aménagements il s'agit d'exceptions au principe de la liberté d'entreprendre.

#### B) Lois, ordonnances

- Les ordonnances prévues par l'article 38 de la constitution sont des textes pris par le gouvernement dans le domaine qui n'est pas le sien mais dans le domaine de compétence du parlement (article 34). Il faut que le parlement l'ait habilité préalablement. Pour que le texte acquiert force de loi il faut que le parlement le ratifie. Dans le domaine du droit commercial, beaucoup de textes qui sont issus d'ordonnances. Tout le droit de la concurrence est issu d'une ordonnance de 1986. Toutes ces ordonnances ont été reprises dans le code de commerce. Deux ordonnances qui ont été prises sous l'influence de Colbert, l'une est de 1673 sur le commerce de terre et l'autre de 1681 sur le commerce maritime. C'est à cette époque que le droit commercial est devenu un droit écrit. Ces deux textes fondamentaux constituent la première entreprise de codification. Ordonnance de 1673, également appelé Code Savary. 1807 un code de commerce est adopté, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1808. Ce code s'est inspiré des ordonnances de Colbert. Le problème est que ce qui valait en 1673 n'était plus valable en 1807. À la différence du code civil, le code de commerce n'est pas du tout un code d'envergure, on lui a reproché d'être lacunaire, archaïque. C'est un code conjoncturel. Ce code s'est totalement vidé de sa substance au fil du temps. C'est pour cette raison qu'est né au cours de l'année 2000 le code, aujourd'hui en vigueur, issu d'une codification à droit constant.

- Codification classique : il s'agit d'essayer de construire un ensemble cohérent de règles au sein d'un code, faire ressortir les principes fondamentaux qui vont structurer le droit applicable. Codification à droit constant : codification beaucoup moins ambitieuse dont l'objet est seulement de rassembler les textes qui existent déjà, que l'on ne va pas modifier. Sans modifier le fond du droit, on va essayer de réorganiser tous ces textes dans un code. Le gouvernement par une ordonnance du 18 septembre 2000 a rendu son travail en mettant en place la partie législative du code de commerce. On a reproché au gouvernement d'avoir manqué d'ambition pour la réalisation de ce code de commerce. Une autre critique est que le gouvernement a fait une codification à droit constant. L 621-43 (L : partie législative, 6 : livre 6, 2 : Titre 2, 1 : Chapitre 1, 43 : 43<sup>ème</sup> article du chapitre 1...)

#### C) Les règlements et les sources administratives

- Règlements : décrets, arrêtés. Au sein des règlements on distingue les règlements autonomes, ceux qui sont pris dans le domaine de compétence du gouvernement article 37 de la constitution. Le gouvernement a un pouvoir propre en matière de registre du commerce et des sociétés. Les règlements d'application qui eux viennent compléter les lois. L'autorité des marchés financiers (AMF), c'est un organisme qui a fonction de réguler, de faire que les marchés financiers fonctionnent bien. Pour que les choses fonctionnent bien, l'AMF peut prendre des règlements qui ensuite sont homologués par le ministre, donc qui deviennent vraiment des règlements, ce qui lui confère une force obligatoire. L'AMF émet également des avis sur la loi. Elle prend des recommandations. Ce qu'on appelle du « droit mou », a priori ses avis n'engagent à rien. En pratique cependant, ces avis vont avoir une forte influence sur le comportement des acteurs qui travaillent sur les marchés boursiers. Ceci est également valable pour le conseil de la concurrence, qui est une autorité administrative indépendante. Ses avis ne sont certes pas obligatoires mais en pratique les acteurs les suivent.

## II) La jurisprudence

- Le juge est amené à donner un sens à un texte. Il est également amené à créer des règles nouvelles. En principe la règle nouvelle que le juge à dégager n'a vocation à s'appliquer qu'au litige qu'il a tranché. Donc le parti qu'il a pris n'a normalement pas de portée générale. En droit des entreprises, il est incontestable que la jurisprudence est à l'origine de création majeure de ce droit. Exemple : l'action en concurrence déloyale. La jurisprudence a déclaré que certains moyens, bien qu'ils ne soient pas interdits, ne sont pas loyaux. De cette façon, celui qui adopte ce comportement sera sanctionné par la jurisprudence de sorte que la victime soit indemnisée.

- Si les entreprises sont des entreprises civiles, les juridictions qui ont vocation à connaître du litige sont les juridictions civiles, le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance. Cela vise toutes les sociétés civiles immobilières, tous les professionnels libéraux.

Si en revanche les entreprises sont des entreprises commerciales, c'est en principe le tribunal de commerce qui est compétent. Il s'agit de grands principes qui subissent plusieurs aménagements. Par exemple, en matière de bail commercial c'est le tribunal de grande instance qui est compétent et non le tribunal de commerce. Lorsqu'il s'agit de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, la compétence échappe aux juridictions puisque c'est le conseil de la concurrence qui est compétent.

- Il est possible d'échapper aux juridictions étatiques en ayant recours à l'arbitrage.

L'arbitrage est un moyen pour les parties de ne pas aller devant le juge, mais de soumettre le litige à des personnes privées. Pour cela il faut que les parties aient conclu une convention d'arbitrage. Il existe deux types de conventions d'arbitrage, l'une est appelée le compromis et l'autre est appelée la clause compromissoire. Ces deux types de conventions ont en commun d'écarter les juridictions étatiques et de mettre en jeu un arbitre. Ce sont obligatoirement des personnes physiques. La décision prise par les arbitres n'est pas un jugement mais une sentence arbitrale. Le compromis, article 1447 du NCPC, c'est une convention par laquelle les parties conviennent de soumettre un litige à arbitrage. Tandis que la clause compromissoire, article 1442 du NCPC, est au terme de ce texte une convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître de ce contrat. Dans la première on connaît déjà le litige. Dans la seconde on prévoit. Les clauses compromissoires sont donc plus dangereuses car on ne sait pas ce qui va arriver, quel sera le litige...

Il y a des domaines dans lesquels le recours à l'arbitrage est purement et simplement interdit comme en matière civile dans les cas de divorce. Mais c'est le cas notamment dans le droit des entreprises en matière de brevet et en matière de redressement, liquidation judiciaire.

Limitation du champ et à partir de 2001 la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. Ce qui veut dire que désormais les professionnels libéraux, les agriculteurs, les entrepreneurs qui peuvent être des sociétés civiles (domaine immobilier) peuvent conclure des clauses compromissoires. Lorsque l'arbitre rend sa sentence celle-ci est dotée de l'autorité de la chose jugée, comme un jugement. C'est l'article 1476 du NCPC. Une fois la sentence rendue il est attaché à cette décision une présomption de vérité. Pour faire tomber cette présomption l'appel est en principe ouvert et là on retourne devant les juridictions étatiques puisque l'appel se fait devant la cour d'appel. En revanche le pourvoi en cassation est fermé. Mais il est possible dans la convention d'arbitrage de renoncer à l'appel. Toutefois le NCPC note qu'il y a une exception dans le cas où la sentence est entachée d'un vice grave. (Règles d'ordre public)

- Il est des matières qui sont extrêmement complexes, techniques et donc le juge étatique se retrouverait perdu devant cette affaire. La compétence de l'arbitre est donc un avantage car l'arbitre est spécialisé. Un autre avantage est la discrétion, ce qui est un atout majeur, car la solution du litige et le litige lui-même n'est pas étalé sur la place publique. Il est possible également de statuer en amiable composition, c'est la possibilité de demander à l'arbitre de ne

pas tenir compte du droit mais de trancher le litige en fonction de ce qui lui paraît être équitable. Il faut cependant relativiser cet avantage, car il est tout à fait possible de demander au juge étatique de statuer en amiable composition (article 12 du NCPC). Au titre des inconvénients, il y a le coût. Devant la juridiction étatique, on ne paie pas le juge. Alors que lorsqu'on a recours à l'arbitrage, on doit payer l'arbitre ou les arbitres. Souvent la rémunération est très élevée, ce qui explique pourquoi ce sont le plus souvent des entreprises qui ont recours à l'arbitrage. Ce dont n'est pas doté la sentence arbitrage c'est de la force exécutoire (1477 NCPC), ce qui signifie que la partie qui a perdu, si elle ne s'exécute pas spontanément, son adversaire ne peut pas poursuivre son application forcée, (huissier, saisie...) pour que la sentence devienne exécutoire, il faut demander un exequatur au tribunal de grande instance.

**20-02-2006**

## **§2 Sources d'origine communautaire**

- Rappel des buts poursuivis en matière économique : on peut dégager deux buts. Un premier est d'essayer d'établir un marché commun aux différents états, autrement dit c'est d'essayer de faire que les territoires des états membres constitue un grand marché, dépasser les frontières. Pour cela il y a deux grands axes : Promouvoir la liberté de circulation, des capitaux, des services, des marchandises et des personnes pour établir ce marché commun ; Promouvoir la liberté de la concurrence, favoriser la compétition, promouvoir un système économique dans lequel les entreprises ont la réelle possibilité d'attirer la clientèle. Le second but est d'essayer de promouvoir une politique commune des différents états à l'égard des états extérieurs.

### **I) Traités et normes dérivées.**

- A l'origine il y a trois traités qui ont été conclus à l'époque par 6 états. Le traité de la CECA, communauté européenne du charbon et de l'acier en 1951. Le traité EURATOM en 1957, et le traité CEE en 1957. L'acte unique européen, en 1986, dont le but était de relancer la procédure d'intégration pour le marché européen. Traité de Maastricht en 1992, avec lequel on introduit dans l'union économique une union monétaire et de plus on introduit la sécurité et la politique étrangère PESC, et un troisième volet est d'essayer d'intégrer une coopération dans les affaires de la justice.

### **II) Jurisprudence**

- Elle est issue de la cour de justice des communautés européenne, de la CJCE et du TPI, tribunal de première instance. La cour de justice est installée à Luxembourg, elle est composée de 25 juges, un par état. Les juges sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des états membres. La cour de justice comme le TPI assure l'unité de l'interprétation du droit communautaire. Le TPI existe depuis 1989 dans le but de soulager le travail de la cour de justice. Pour simplifier on peut dire que la cour de justice est compétente pour les recours initiés par les états ou par les institutions tandis que le TPI est chargé des recours intentés par des personnes physiques ou des personnes morales. Les décisions du TPI peuvent faire l'objet d'un recours devant la CJCE qui est limité aux questions de droit.

## **§3 Les sources d'origine internationales**

### **I) Indications générales fondamentales.**

- Le droit international est issu de conventions conclues entre les états, qu'on appelle des traités, c'est l'œuvre des états. Il existe trois types de traités. Traités qui désignent pour une situation donnée le juge compétent et la loi applicable. Dans ce cas cela veut dire que les états qui se sont mis d'accord, ont mis en commun des règles de droit international privé. Traités

qui juxtaposent un droit nouveau à un ancien droit. Dans ce cas le traité provoque une modification des droits nationaux en vue d'une harmonisation voir d'une unification.

- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, a conféré une portée large aux dispositions du traité de telle sorte qu'à certain égard la convention est bien une source du droit de l'entreprise. Règle de l'inviolabilité du domicile a été appliquée aux locaux commerciaux. De même la liberté d'expression a été considéré comme intéressant l'expression publicitaire.

## **II) Etude spéciale : l'OMC.**

- La Russie n'en fait pas encore partie mais il est possible que son adhésion aboutisse fin 2006. 2/3 des pays sont des pays en développement. Depuis les années 80 ces pays parviennent à jouer un rôle plus important, et occupe une place plus importante dans l'économie mondiale. Programme de Doha pour le développement. Objectif général de l'OMC est de libéraliser ce commerce entre les états et les accords obtenus en gage des états constitue des règles régissant le commerce entre ces états. L'OMC est née en 1995 son siège est à Genève, mais elle a succédé à une autre organisation le GATT General Agreement on Tariffs and Trade. Un traité avait été conclu pour faciliter le commerce des marchandises entre eux. Entre 1947 et 1994 il y a eu 8 cycles de négociations. Le huitième et dernier sous l'égide du GATT est le cycle d'Uruguay. L'Uruguay Round.

### **A) Les apports du cycle d'Uruguay.**

- Ce cycle s'appelle cycle d'Uruguay parce que c'est là-bas que les états ont décidés de lancer ce programme de négociation. On était en 1986 quand ce cycle a été lancé, il devait durer quatre ans et en définitive a duré jusqu'en 1994. Ce cycle a abouti à des accords fondamentaux, des traités entre les différents états membres.

#### *1- Création de l'OMC.*

- A la différence du GATT, l'OMC est une organisation de droit qui repose sur l'un des traités et qui est dotée de la personnalité juridique. Cette conférence qui réunit des représentants de chaque état membre comprend donc environ 150 représentants, pour nous c'est un représentant de l'union européenne. Cette conférence ministérielle se réunit tous les deux ans. Et la dernière s'est réunie à Hong Kong en décembre 2005.

- Secrétariat général : environ 600 personnes qui y travaillent. Il est placé sous l'autorité d'un directeur général qui est Pascal LAMY. Quand on ne dit rien on est d'accord. Le silence vaut acceptation. Au cours des négociations on va avoir à résoudre que les problèmes sur lesquels on a besoin de s'exprimer.

## **21-02-2006**

### *2- l'accord sur les différends*

- Si un état membre considère qu'un autre E membre a manqué à ses obligations, il peut alors saisir l'OMC. Il demande une ouverture de conciliation cad trouver un accord à l'amiable. Depuis 1995, environ 300 affaires ont été portées devant l'OMC. Si il n'y a pas d'accord à l'amiable possible, l'affaire est examinée par un groupe d'experts indépendants qui fait un rapport dans lequel ce groupe propose une solution au litige : l'ORD (Organisation de règlement des différends). L'organe de règlement des différends qui fait partie de l'OMC décide. C'est le conseil général qui remplit les fonctions d'organe de règlements des différends donc cet organe est composé de tous les représentants des états membres. Pour que cet organe rejette la proposition du rapport il faut un consensus négatif, il faut que l'unanimité s'oppose aux propositions qui ont été faites.

- Un recours en droit peut être ouvert contre les décisions prises. Ce recours est formé devant un organe d'appel qui n'est pas composé par des représentants des

gouvernements. Cet organe rend un rapport. Si l'Etat défendeur a été condamné, il doit se conformer aux solutions de la décision. On lui donne des délais. Si à l'issue des délais il ne s'est pas conformé à la décision l'Etat demandeur peut demander à l'ORD de prendre des mesures de rétorsion. Tjr besoin d'un consensus. Les membres de l'OMC ont donc accepté de recourir à un tiers pr régler leurs différends.

3- *l'accord sur le mécanisme d'examen de politique commerciale*

- Il y a deux dispositifs. Le premier est le fait que les Etats doivent faire une déclaration de leurs politiques : notification. Le second est l'OMC qui prend des initiatives car elle procède à l'examen des politiques commerciales des Etats. C'est le conseil général qui procède à cet examen. L'intervalle entre 2 examens d'un même pays varie selon la taille du pays, 2ans pr les pays comme USA, UE.

4- *Extension du domaine des accords, principe et exceptions qui les gouvernent.*

- A l'issue du cycle d'Uruguay d'autres accords ont été conclus : accord général sur le commerce des services, accord sur les échanges relatifs à la propriété intellectuelle.

- Principe du libre échange, donc du libéralisme. Moyens pr encourager les échanges : abolir les droits de douanes, les contingents...

- Principe de non discrimination se manifeste au travers de 2 règles : la clause dite de la nation la plus favorisée et la règle dite du traitement national. Si un pays accorde à un autre Etat membre une faveur, il favorise un partenaire ; en vertu du ppe de non discrimination, il doit adopter le même comportement à l'égard de tous les autres membres de l'OMC. La 2<sup>ème</sup> règle signifie que chaque Etat doit traiter également ce qui est étranger et ce qui est national.

- Ces principes connaissent des tempéraments qui jouent ds 2 cas de figures : les pays en voie de développement (PED) ils bénéficient souvent de délais et ils sont autorisés à prendre des mesures qui sont normalement interdites, au sein de ses pays il existe une sous catégorie : les pays les moins avancés (PMA). Les pays peuvent apporter des avantages à ces PMA sans avoir à apporter les mêmes avantages aux autres Etats. Une autre dérogation peut être utilisée qd il apparaît un impératif supérieur : santé, sécurité, environnement, culturel... Dans ces cas, les gouvernements peuvent prendre des mesures protectionnistes contraire au libre échange.

B) Le programme de Doha pour le développement

Conférences ministérielles

- Déc 1996, Singapour. Les Etats se réunissent pr évaluer les difficultés de mises en œuvre des décisions prises 2 ans auparavant à Marrakech.

- 1999, Seattle. Certains états veulent qu'on ouvre un nouveau cycle de négociation. Les autres (PED) refusent ce nouveau cycle car ils estiment que ces thèmes ne bénéficient qu'aux pays riches. Le projet de lancer un nouveau cycle échoue.

- Nov 2001, Doha. Un nouveau cycle est lancé et pr obtenir le consensus nécessaire, il est convenu que ce cycle aura pr objet els nouveaux thèmes mais aussi de continuer les négociations sur le volet agricole en tenant compte des besoins spécifiques des PED. Ce nouveau cycle est appelé programme de Doha pr le développement. Ce cycle était sensé durer 4 ans mais il n'est tjr pas achevé.

- Sept 2003, Cancun.

- D2c 2005, Hong kong. Consensus minimal trouvé pr reformer les axes fondamentaux conclus à Doha. Les USA et l'UE se sont dit tous les 2 prêts à négocier pr éliminer les subventions à l'exportation à la fin de 2013.

- Aux USA, jusqu'au premier semestre 2007, il existe un dispositif qui oblige le congrès américain d'adopter en bloc les accords commerciaux prévus par le gouvernement. Au delà de ça, l'OMC a plein de défauts mais elle est un atout ds le sens où elle favorise des négociations multilatérales. Si les Etats riches ne trouvent pas satisfaction au sein de l'OMC, des accords

bilatéraux sont pris hors du cadre de l'OMC. Il est évident que pr les PED avoir en face d'eux comme interlocuteur que des entités tel que l'UE ou les USA, c'est être en position inférieure.

## **Section 2 SOURCES D'ORIGINE PRIVEE**

- Le droit des entreprises est en partit nourri de règles qui trouvent leurs origines ds l'activité des entreprises elles même.

### **§1 Usages**

- Ce sont des règles qui sont issues de pratiques adoptées par les professionnels cad par une personne privée. Au fil du temps ces pratiques se transforment en usages qui ont une certaine force obligatoire.

#### **I) Usages conventionnels**

- Ce sont des normes de conduite issues de comportement habituellement suivis ds telle profession ou telle activité. Ils ont une portée limitée à une activité ou à une profession.

- La force obligatoire de ces usages dits conventionnels est la même que celle du contrat. Cela veut dire que lorsque des professionnels concluent un contrat ils sont sensé s'être référé aux usages de la profession. L'usage ne peut être invoqué s'il est contraire à une règle d'ordre public.

- La preuve de ces usages est à la charge de celui qui s'en prévaut. Cette preuve se fait par la production de parère, c'est un certificat qui établit l'existence d'usages. Il est donné par les chambres de commerce et d'industrie.

#### **II) Usages de droit**

- Ces usages de droit ont force de loi. Ils sont adoptés de manière général, ils ont une portée beaucoup plus large. La jurisprudence a décidé que ces usages de droit s'applique d'une manière générale en droit commercial sans avoir besoin de se référer à ce que les parties ont voulos.

- En droit commercial, il existe un usage de droit qui est que lorsqu'il y a 2 débiteurs, ils sont tenus solidairement, même si le contrat ne dit rien. Le juge a donc admis le fait que cet usage de droit est supplanté une loi supplétive. Un usage de droit peut supplanter une loi impérative civile mais pas une loi impérative commerciale (doctrine).

### **§2 Les mercatoria : droit transnational**

- Le droit international est u droit qui est le fruit de traités conclus entre des Etats. Alors que le droit transnational n'est pas posé formellement par les Etats, c'est un droit spontané qui est une somme d'usages suivis par les acteurs du commerce international. Des organismes (Unidroit) essaient de rassembler ces usages de droit transnational de façon écrite. Ils essaient de trouver des points communs entre le droit commercial des différents pays. En 1994, une sorte de code a été écrit, les principes du droit international commercial, pas de force obligatoire.



# LES COMPOSANTES DE L'ENTREPRISE

## Titre 1 LES ACTEURS

### Section 1 L'ENTREPRENEUR

#### §1 Les entrepreneurs commerçants

##### I) Qui peut être commerçant ?

- En ppe, tout le monde. En réalité, cette réponse de ppe connaît des tempéraments et de exceptions.

##### A) Les personnes physiques

- Cela veut dire que c'est un individu qui exerce l'activité en cause, on dit qu'on est en présence d'une entreprise individuelle qui sur la scène juridique exerce l'activité. Cela s'oppose au cas où l'activité commerciale est exercée par une PM.

##### 1- *les personnes physiques protégées peuvent-elles être commerçantes?*

- Il faut faire la distinction entre les incapables et les personnes soumises à une mesure de sauvegarde. Il y a 3 catégories d'incapables : mineurs, majeurs sous tutelles, majeurs sous curatelles. [art L121-2 code de commerce], le mineur même émancipé ne peut être commerçant. C'est une incapacité de jouissance. Pour les majeurs sous tutelles il n'y a pas de textes ds le code de commerce. Il faut donc regarder le code civil qui montre le majeur sous tutelles est soumis à un régime identique à celui des mineurs donc les majeurs sous tutelles ne peuvent pas être commerçants. C'est plus délicat pr les majeurs sous curatelle. La doctrine est partagée.

- A côté on a des majeurs capables qui sont soumis à une mesure de sauvegarde de justice. En ppe, ils sont capables mais ils auront la possibilité de demander la révision ou l'annulation des actes qu'ils auront établis s'ils sont lésionnaires. Ils peuvent donc être commerçants, mais le risque pr les cocontractants est plus grand.

##### 2- *les personnes ayant subies des condamnations peuvent elles être commerçantes ?*

##### a) condamnations pénales

- Cette matière vient d'être réformée [ordonnance du 6 Mai 2005]. Cette ordonnance abroge 2 textes anciens. Ds tous les cas où il y a eu condamnation pr crime et ds certains cas de condamnation de délits d'une peine d'emprisonnement ferme d'au moins 3 mois et que ce délit face partie de l'ordonnance (vol, abus de confiance, corruption, faux, escroquerie, délit du code de la consommation ou du code général des impôts ou du code du travail), le condamné ne peut être commerçant. L'art L 128-3 tient compte des condamnations données par des juridictions étrangères. [art L 128-1 code de commerce] « nul ne peut directement ou indirectement pr son propre compte ou pr le compte d'autrui entreprendre l'exercice d'une activité commerciale dirigé, administré, géré, contrôlé à un titre quelconque ». L'interdiction invoquée est automatique. L'interdiction est d'une durée de 10 ans. En vertu [art L 132-21 CP], il est possible d'être relevé de l'interdiction par jugement.

- Si on ne tient pas compte de cette interdiction, il y a des condamnations pénales lourdes. En matière civile, est ce que els contrats conclus sont valables ou pas ? pas de réponse ds le code mais [ass plén, 4 Mars 2005, BRDA18] a l'air de considérer que les contrats sont qd même valables.

##### b) condamnations non pénales

- Parfois alors même que le droit pénal n'est pas en cause, on a pu faire des fautes qui va à l'encontre de pouvoir exercer mon droit commercial (condamnation pr non respect des règles de droit fiscal [art 1750 code des impôts] ; faillite personnelle, l'entrepreneur n'arrive plus à payer ses créanciers, il est en cessation des paiements. L'entrepreneur va alors se soumettre au contrôle du tribunal qui va ouvrir une procédure qui peut notamment être une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire). Les textes relatifs aux procédures collectives indiquent que si le chef d'entreprise a commis des fautes le juge peut décider d'infliger une sanction civile : faillite personnelle. Cette interdiction consiste à interdire de faire du commerce directement ou indirectement. L'interdiction peut durer au maximum 15 ans. Dans certains cas, il est possible d'être relevé de cette interdiction.

3- *les personnes exerçant une autre activité peuvent-elles être en outre commerçantes ?*

- La réponse de ppe est oui. Mais il existe des exceptions d'interprétation stricte, forcément posée par la loi. En ppe, les fonctionnaires ne peuvent pas avoir d'autres activités donc ils ne peuvent pas être commerçant. Les députés ou les sénateurs ... Les professionnels libéraux ne peuvent pas être commerçant. En cas de violation des incompatibilités, des sanctions pénales sont prévues. Pr les professionnels libéraux, ils peuvent même avoir des sanctions disciplinaires.

4- *un étranger peut-il être commerçant ?*

- Les règles applicables ont été renouvées [ord 24 Mars 2004] qui a modifié les art L 122-1 code de commerce. Avant l'ordonnance, l'étranger devait être muni d'une carte spéciale (carte d'identité spéciale de commerçant) laquelle est délivrée par le préfet. Cette carte mentionne les départements dans lesquels il a le droit d'exercer les activités écrites. Ac le décret, elle doit tjr sollicité une autorisation bien qu'il n'y ai plus la notion de carte. Cette exigence à l'égard des étrangers ne joue pas en toute circonstances. Les étrangers qui possèdent une carte de résidents, les ressortissants de l'UE, les ressortissants de l'espace économique européen et les ressortissants des états membres de l'OCDE n'ont pas besoin de ses accords préalables. Au delà de ces 4 cas, il existe des conventions ac d'autres états comme Andorre, Monaco, Algérie qui permettent à leurs ressortissants de ne pas avoir besoin d'accords préalables.

- Toutes ces personnes si en dépit de l'interdiction d'exercer le commerce l'ont qd mm fait, ils vont être considéré comme des commerçants de fait, cad que eux ne pourront pas se prévaloir de leur activité de commerçant mais les tiers s'ils le souhaitent peuvent opposer à ces interdits leur qualité de commerçant. Un tiers peut assigner en redressement judiciaire un commerçant de fait.

B) Les personnes morales

1- *les personnes morales de droit public peuvent-elles être commerçantes ?*

- ... On considère que l'activité principale de l'E n'est pas de se livrer au commerce. S'il se livre ce n'est qu'à titre accessoire. Donc les collectivités territoriales ne sont pas rangées dans la catégorie des commerçants. Mais le droit privé leur est appliqué pr leurs relations ac les usagers.

- Les Etablissements publics industriels et commerciaux (EPIC) vont exploiter l'entreprise. Ils ont des activités totalement comparables à celle du secteur public. Mais ce ne sont pas des commerçants bien qu'il est des obligations venant du droit commercial.

2- *toutes les personnes morales de droit privé peuvent-elles être commerçantes ?*

- ppe de spécialité légale des PM : une PM ne peut être constituée que pr exercer des activités spécialement déterminées par la loi ou dans des buts spécialement visés par la loi.

- Une société pr devenir un sujet de droit ac des droits et des obligations doit être immatriculée [art 1832 CC]. ...

- Un syndicat est créé pour défendre des droits, des intérêts individuels et collectifs des personnes visées par le statut [411-1]. Donc un syndicat ne peut pas être commerçant.
- Une association est un groupement constitué par les sociétaires dans un but autre que de se partager des bénéfices. Certains auteurs disent que les associations ne devraient pas investir le mode économique, car en terme de droit fiscal les associations ne sont pas traitées comme des sociétés. Elles ont plus facilement des subventions publiques. Elles peuvent bénéficier d'aide bénévole beaucoup plus que les entreprises. Elles sont une concurrence anormale. Cette controverse touche aussi l'économie sociale c'est-à-dire tous les acteurs de l'économie qui n'ont pas pour but le profit. L. 342-7 code de commerce « aucune association ne peut de façon habituelle offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités en sont pas prévues par ses statuts ». En droit positif la cour de cassation a admis l'application du droit commercial aux associations. Mais les commerçants doivent s'immatriculer au registre du commerce. Le texte est rédigé de telle façon que la liste de ceux qui doivent s'immatriculer est limitative, et les associations ne sont pas mentionnées. Situation compliquée.

## II) Qui est commerçant ?

- Dans le cas où l'entrepreneur est une société si elle répond à l'article 210-1 code de commerce, c'est un commerçant.

### A) Critères tirés de la forme adoptée par une société immatriculée

#### 1- *Indications générales fondamentales*

- C'est un acte juridique ou un sujet de droit (c'est-à-dire une personne). La société est très souvent comme acte juridique un contrat. 2 personnes ou plus (associés) conviennent pour mettre en commun des biens ou leur travail afin de développer sur un pied d'égalité une activité commune en vue de faire des bénéfices et de se les partager ou de se procurer des économies. Ce contrat de société est appelé les statuts. Le droit donne à ceux qui ont conclu un tel contrat le droit de déclarer leur contrat par l'immatriculation. Cette formalité va faire que la société va devenir un sujet de droit. La personne qui exerce l'activité ne sont pas les associés mais personne morale qui est la société.

- A partir de 1985, le législateur a admis la création de société personne morale sur le fondement non plus seulement d'un contrat mais aussi la possibilité pour une personne de créer la société. On fait alors un acte juridique unilatéral. Juridiquement c'est la société qui exerce l'activité.

- Au quotidien, il faut une personne qui va gérer l'entreprise (gérant, directeur). Il peut être différent des associés.

#### 2- *sociétés ayant la qualité de commerçants en raison de leur forme*

##### a) explication

- Si le projet est d'exercer une activité commerciale nous n'avons pas le droit de choisir comme type de société la société civile. En revanche, si mon projet est de monter une activité commerciale ou une activité civile, j'ai la possibilité de choisir une société commerciale. L'article L210-1 dit qu'un certain nombre de sociétés sont des commerçants peu importe leur activité.

##### b) illustration

- Il y a tout d'abord les sociétés en nom collectif (SNC). C'est la plus basique. Elles sont régies par les articles 221-1 et suivants. Il faut être deux au minimum. Si jamais la société ne paye pas ses créanciers, la loi dit que les créanciers de la société pourront demander paiement aux associés. La société est dirigée par un gérant. Et les décisions des associés sont prises en général à la règle de l'unanimité. Ce n'est pas une règle d'OP, il est parfois possible d'y déroger.

- La SARL (société à responsabilité limitée) peut avoir au minimum un associé, on parle alors d'EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée). A la différence de la

SNC, si la SARL ne paie pas ses créanciers, les créanciers ne peuvent pas agir sur le patrimoine personnel des associés. La SARL constitue vraiment un écran pour les associés qui sont protégés dans cette forme sociale. La SARL est dirigé au quotidien par un ou plusieurs gérant, mais celui-ci n'a pas tous les pouvoirs. Lorsque les associés ont à prendre une décision, ils vont voter et la décision pourra être prise même si tout le monde n'est pas d'accord car vote à la majorité.

- A. Les SNC (Société en nom collectif)
- B. Les SARL (Société à responsabilité limitée)
- C. Les SCS (Société en commandite simple)
- D. Les SA (Société anonyme)
- E. Les SCA (Société en commandite par actions)
- F. Les SAS (Société par actions simplifiée)

La loi dit que ces sociétés sont commerçantes, quelle que soit leur activité.

#### *1. La société en nom collectif (SNC)*

La SNC, l'organisation la plus simple, basique. Elles sont régis par les articles L221-1 et suivants. Il faut être deux au minimum. La particularité c'est que si jamais la société n'honore pas ses dettes, si elle ne paie pas ses créanciers, la loi dit que les créanciers de la société pourront demander paiement aux associés. La société est dirigée par un gérant, les décisions des associés suivent la règle de l'unanimité.

#### *2. La société à responsabilité limitée (SARL)*

La SARL est régie par les articles L 223. Au minimum la SARL peut avoir un associé, et dans ce cas on lui donne une appellation un peu différente : EURL.

#### *3. La société en commandite simple (SCS)*

La SCS, très peu utilisée. Il s'agit d'une société mixte. Certains associés ne sont pas tenus du passif, situation comparable à ceux de la SARL, on les appelle les commanditaires. Si la société ne paie pas on ne peut pas leur demander des comptes. A côté de ces commanditaires, il y a les commandités qui eux sont dans la situation des associés de la SNC. Les commandités, si la société ne paie pas, les créanciers pourront leur demander paiement sur leur patrimoine personnel.

#### *4. Les sociétés par actions*

##### *1. Les SA*

Les SA, société dont la structure est complexe. De sorte qu'en principe lorsqu'on est peu d'associés, la structure de la SA, n'est pas forcément adaptée. La SA fait partie d'une catégorie plus large qui est la catégorie des sociétés par actions. En contre partie des apports, on va distribuer des droits dans la société qui est un droit de vote. Les droits qu'on donne en contrepartie des apports se nomment des parts sociales. La différence entre les parts sociales et les actions, c'est que les secondes sont beaucoup plus simples à céder, à vendre, à transférer que les parts sociales. La réglementation applicable lorsqu'il s'agit de transférer des actions, facilite ce transfert par rapport aux cas des parts sociales. Les actions font parti de ce qu'on appelle les parts négociables. Pour faire une SA, il faut être 7 au minimum. Il n'y a pas de maximum. Généralement ces sociétés peuvent faire appel public à l'épargne. Ces sociétés lorsqu'elles ont besoin d'argent, la loi les autorise à faire appel à l'épargne du public pour les inviter à faire des apports et à devenir associés. Une technique pour faire appel est d'être coté en bourse. A la tête de la SA, il y a un directeur général. Le directeur général ne peut pas être seul à tout décider, c'est pour cette raison qu'il existe dans la SA un collège constitué d'un petit noyau d'associés (une vingtaine). La loi dit que pour certaines décisions le directeur général ne peut pas être seul, il faut l'avis du conseil d'administration. Si la SA ne paie pas ses créanciers, ceux-ci ne pourront pas demander paiement aux associés.

##### *2. SCA*

Les SCA, elles sont peu nombreuses (Michelin). Dans cette société on retrouve la dualité des SCS. Certains associés qui sont des commanditaires dont la responsabilité est limitée, c'est à dire qu'on ne peut pas leur demander paiement des dettes de la société. Et certains associés qu'on appelle des commandités qui sont tenus de payer les dettes de la société si celle-ci ne le fait pas. Les commandités sont détenteurs du pouvoir, ce qui est une forte contrepartie à leur situation de faiblesse en cas de dette de la société. Elles sont dirigées par un gérant. Il va de soi lorsque la société est cotée, les actionnaires qui investissent dans la société, sont des commanditaires et non des commandités.

### 3. SAS

Les SAS, c'est la forme de société la plus jeune puisqu'elle date de 1994. Elle est régie par les articles L 227-1 et suivants du code de commerce. Ce type de société a été créé à la suite d'une demande de plus de souplesse, de simplification des milieux professionnels relayés notamment par le medef. Elle peut être constituée par un associé, et il n'y a pas de maximum. Quand un seul associé, c'est une SASU, société par actions simplifiée unipersonnelle. La responsabilité des associés est limitée, on ne peut pas demander aux associés de payer les dettes de la société. Elle est dirigée par un président qui la représente, parle en son nom. Les associés peuvent prendre des décisions périodiquement, décisions qui ne relèvent pas de la compétence du président.

Pour développer une activité civile, le législateur offre la possibilité de faire une société civile soit de prendre un des types de sociétés commerciales (SNC, SARL, SNC...). Dans ce cas il y aura un décalage entre l'activité qui est civile et la personne qui développe l'activité. On va faire abstraction de l'activité, tout ce qui compte c'est le fait de choisir que cette activité sera exercée par une personne morale, commerçante. Dans ce cas là, en cas de litige, il faudra aller devant le tribunal de commerce, la preuve sera libre... Obligation de tenir une comptabilité.... Pour développer une activité commerciale, il faut choisir une société commerciale.

La société européenne a été initiée par une directive et un règlement européen. Elle n'est entrée dans le code de commerce qu'en juillet 2005, elle est désormais réglementée par les articles L 229-1 et suivants du code de commerce. Cet ajout date de la loi du 26 juillet 2005. Cela ressemble beaucoup à des sociétés anonymes. Le but est de faciliter les transferts au sein de la communauté européenne.

#### B) Critère tiré de l'activité : la réalisation d'actes de commerce à titre professionnel, en son nom et pour son compte.

##### *1- la réalisation d'acte de commerce*

###### *a) la difficulté de la qualification*

- Idéalement il faudrait que le législateur nous donne une liste complète exhaustive des actes de commerce. Soit il faudrait que le législateur nous fournisse une définition des actes de commerce c'est à dire qu'il indique les caractères qui sont nécessaires et suffisant pour qu'un acte juridique soit qualifié d'acte de commerce. Article L 110-1 qui donne une liste des actes de commerce, cependant cette liste est incomplète, dépassée. Elle n'a jamais été remise à jour. Par exemple on n'y trouve pas le transport aérien qui pourtant est considéré comme des actes de commerce. S'il existait un critère de commercialité, cela voudrait dire que tous les actes de commerce présenterait ce critère mais que seuls les actes de commerce auraient ce critère. Le critère de la spéculation est soit trop vague soit trop restreint.

Un autre critère a été proposé, l'entremise, l'intermédiaire. Les actes de commerce seraient des actes d'entremise, d'intermédiaire, sur les produits, les services, la main d'œuvre. Dans cette analyse un producteur, celui qui tire les choses de son fond n'est pas un intermédiaire, ne fait pas un acte d'entremise et donc les producteurs ne seraient pas commerçants si le critère était adéquat. Or c'est faux le législateur nous dit que certains producteurs, ceux qui exploitent les mines, pétroles, fer, sont des commerçants.

**06-03-2006**

b) essai de présentation ordonnée des actes de commerce.

- Le choix qui a été fait en 2000 n'a pas été de donner une définition de l'acte de commerce alors que ds le code antérieur son 1<sup>er</sup> article s'attachait à définir les commerçants.

*\*1- les actes de commerce pouvant révéler la qualité de commerçant*

- actes de production : ☐ La production de produits finis est engagée par 2 fois ds le code [L 110-1 et L 110-2]. Le premier article vise toute entreprise de manufacture. Aujourd'hui on parle plutôt d'entreprise industrielle, c'est la transformation de matière première en produits d'industries. Il faut que le travail de transformation soit effectué par des salariés, des machines ou les 2. Celui qui fait une transformation lui-même est un artisan et non un commerçant. La jurisprudence a une conception large, elle fait entrer la construction immobilière, les entreprises de travaux publics et aussi l'édition. ☐ Les actes de production ou d'extraction de matières premières sont en ppe des activités civiles (pêches, forêts, extraction ds les carrières...) Mais il y a des anomalies, c'est le cas des extractions minières qui sont considérées comme commerciale.

- actes de distribution de biens : on y fait rentrer des actes qui transfèrent la propriété d'un bien. ☐ Tout achat devient meuble pr se revendre. Si il y a revente, la revente est aussi commerciale. Si il n'y a pas revente, l'achat est qd même un acte de commerce car ce qui compte c'est l'intention de le revendre. Un agriculteur en vendant sa production en fait pas un acte de commerce car il n'a pas acheté pr revendre donc c'est toujours un acte civil. Cette présomption de commercialité joue en ppe quelque soit le bien. Toute fois en ce qui concerne les immeubles, l'art L 110-1 a été modifié, donc l'achat d'un immeuble pr le revendre a été intégré ds les actes de commerce. Mais en 1970, il a été à nouveau modifié en faveur des promoteurs immobiliers pr que la promotion immobilière sorte du domaine commercial. L'activité d'achat d'immeuble en vue de construire et de revendre ne reste civile qu'à condition que l'acquéreur ne construise pas lui-même. ☐ Les entreprises de fourniture ont pr but de conclure des contrats par lesquels elles offrent à leurs clients des livraisons successives de biens pr une période déterminée.

- actes de prestation de services : ☐ actes d'intermédiaires ☐ entreprises de location de meubles. Les locations d'immeuble sont par contre tjr des actes civils même si l'immeuble est utilisé à des fins commerciales. Si le pb est d'ordre fiscal, il y a alors une distinction suivant si l'immeuble est meublé, civile si pas meublé mais commerciale si immeuble meublé : autonomie du droit fiscal. L'hôtelier est un commerçant. ☐ activités de transport par terre et par eau. Il n'y a rien sur le transport par air mais c'est bien une activité commerciale (code de l'aviation). Le transport c'est aussi bien le transport de personnes que de choses. Les entreprises de télésiège, téléski... sont aussi des commerçants. ☐ spectacles publics (cinéma, match public, ...). ☐ opérations de banque et de changes (réception de fonds, opération de crédit, mise à disposition et la gestion de moyens de paiement). ☐ autres opérations : assurance, bourse. Les contrats d'assurance en sont pas cités ds le texte car en 1807 s'assurer n'était pas une opération qui était développée. En revanche l'art L110-2 vise l'assurance concernant le commerce de mer, donc la jurisprudence estime que toutes les assurances font une opération commerciale. Par contre les mutuelles ne sont pas

des commerçants, c'est plutôt un registre d'entraide. Lorsqu'il s'agit d'acheter des actions ou des marchandises en bourse c'est souvent pr revendre donc on rentre ds le premierement « tout achat pr revendre » donc ce sont des actes de commerce.

- Qd on dit tout acte, on considère que l'acte même fait qu'une seule fois mérite la qualification d'actes de commerce et sera soumis au droit commercial même si celui qui l'accomplit n'est pas commerçant. Ds le second cas, « toute entreprise », l'acte fait une seule fois isolément ne sera pas considéré comme un acte commercial, il faut une répétition pr que s'effectue la mutation du civil vers le commercial.

*\*2- les actes de commerce dont la réalisation n'est pas révélatrice de la qualité du commerçant*

- actes commerciaux par accessoire : l'accessoire suit le principal. En vertu de cette théorie l'élément accessoire suit le régime applicable au principal. Les actes ont une nature civile mais il va devenir commercial parce qu'il a un lien à une personne commerçante ou alors parce qu'il a un lien ac un acte commercial ☐ les actes civils devenant commerciaux par rattachement à un sujet. On parle d'accessoire subjectif (9<sup>ème</sup> art L110-1). Certains actes sont commerciaux en eux même à condition d'être répété parfois sans même qu'il y ai répétition, les autres actes sont donc en principe civils. En vertu de la théorie de l'accessoire subjectif, le spectacle public fait une fois va devenir commercial si il est accomplie par un commerçant. Cette théorie accessoire a une vocation large à être appliquée. ☐ les actes civils devenus commerciaux par rattachement à un objet. L'hypothèse est que la théorie de l'accessoire objectif n'a d'intérêt que dans l'hypothèse où celui qui fait l'acte n'est pas commerçant (chèque, mais lorsque le chèque est accessoire à une dette de nature commerciale, le droit commercial s'appliquera). En cas de cautionnement, si la dette garantie est commerciale, le cautionnement devient commercial.

## **24-04-2006**

- lettre de change : On l'appelle aussi traître. C'est un document qui permet d'obtenir du crédit ou de payer une dette. Elle peut être comparée au chèque. C'est un acte de commerce mais en aucun cas on peut considérer que payer habituellement avec ce type de paiement fait du payeur un commerçant.

- Certains actes sont commerciaux en eux-mêmes. Les listes légales ne sont pas complètes, il faut donc regarder la jurisprudence. La théorie de l'accessoire simplifie le travail de qualification car on peut dire d'une manière générale que grâce à cette théorie de l'acte subjectif tout acte ou fait juridique accomplis par un commerçant pr les besoins de son activité sont soumis au droit commercial.

### ***2- l'exercice à titre professionnel***

#### **a) la notion de profession**

- C'est une activité habituelle et autonome exercée ds le but de retirer les ressources nécessaires aux besoins de l'existence. Traditionnellement pr les personnes morales on parle plutôt d'objet social de la société ou de son activité. Objet social et profession ne sont pas synonyme car les associations ont un objet social mais on ne peut pas parler de profession puisque il n'y a pas de recherche de profit.

#### **b) le cas de la pluralité d'activités habituelles**

- La jurisprudence fait une distinction selon que la personne morale mène 2 activités qui sont autonomes et de natures différentes. Ds ce cas la personne a 2 professions. Un notaire n'a pas le droit d'être commerçant, si le fait qd même, il devient

commerçant de fait, cad que tous les inconvénients du droit commercial lui est appliqué mais il n'a pas les avantages.

- Si on mène 2 activités non autonomes, cad complémentaires, la jurisprudence recherche l'activité principale tandis que les autres en constitueront l'accessoire. L'accessoire suit le principal donc l'activité accessoire sera soumise au régime de l'activité principale.

3- *l'exercice en son nom et pour son propre compte*

a) les salariés ne sont pas commerçants faute d'indépendance

*\*1- Principe*

- Un salarié est lié par un contrat de travail à l'employeur. Ce contrat se caractérise par un lien de subordination. Elle peut être plus ou moins forte. L'employeur peut charger le salarié d'accomplir des actes commerciaux. En pratique le salarié a une profession qui est d'accomplir des actes de commerce, mais il n'est pas pour autant commerçant car il accomplit les actes au nom et pr le compte de son employeur. Il n'assume pas les conséquences économiques.

*\*2- Application au principe au VRP*

- Voyageur représentant placée. [art 751-1 et svt du CT]. Ils sont chargés de démarcher des clients à l'extérieur de l'entreprise ds un secteur géographique donné. Ils ont une place importante ds la vie commerciale. Il concourt à la création et au maintien de la clientèle. Il doit effectuer en personne la recherche de clientèle. Il lui est interdit d'exercer une autre activité commerciale pr son propre compte. Et il ne peut pas en ppe travailler pr plusieurs d'employeurs. Mais la pluralité d'employeurs est possible si il y a consentement des employeurs : VRP multi-cartes.

b) les mandataires

- Un mandat c'est un contrat cad un acte juridique, par lequel une personne donne pouvoir à une autre (mandataire) de la représenter en accomplissant des actes juridiques à l'égard des tiers au nom et pr le compte du mandant. En pratique c'est le mandataire qui participe à la conclusion du contrat ac les tiers, mais juridiquement c'est le mandant qui est engagé par le contrat. Il peut être amené à accomplir des actes de commerce mais il n'est pas commerçant. Ils ne sont pas salariés car ils sont censé disposer d'une certaine indépendance.

*\*1- Les représentants légaux et personne morale commerçante*

- Les personnes morales commerçantes sont les SARL, les SA, les SAS. Il va de soi qu'une personne morale ne peut pas communiquer ac les tiers d'elle-même. Il faut nécessairement qu'elle soit représentée par un gérant (SARL), un directeur général (SA) ou un président (SAS). Ce sont les représentants légaux, car la loi décrit leurs pouvoirs. Ils accomplissent des actes de commerce au nom et pr le compte de la personne morale. Ce ne sont donc pas des commerçants. Il va de soi qu'en leur qualité de dirigeant, ils ont un important pouvoir de décision, ils ne sont donc pas des salariés mais des mandataires. Ils peuvent avoir plusieurs casquettes (président-salarié).

*\*2- Les agents commerciaux*

- [art L134-1 CCom] Les agents commerciaux ne sont absolument pas commerçants. Les articles du code du commerce qui leur correspondent sont issus de la réforme du 25 Juin 1991, rendue nécessaire par une directive communautaire de 1986. « Un agent commercial est un mandataire qui à titre de profession indépendante sans être lié par un contrat de louage de service est chargé de façon permanente de négocier et éventuellement de conclure des contrats ». Son activité s'apparente grandement à la profession de VRP. En



pratique, ces professions se ressemblent. L'agent commercial peut avoir plusieurs employeurs.

*\*3- le contrat de gérance mandat*

- Ce contrat a été introduit dans le code du commerce par une loi du 2 Août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises [art L 146-1 et svt CComm]. Le mandant impose des contraintes et des directives telles que les mandatés (gestionnaires) se sont rendus compte qu'ils n'avaient pas de marche de main d'œuvre. Du coup beaucoup de contentieux. Le texte impose au mandant une obligation d'information à l'égard du gérant mandataire. Le décret pris par l'application de ces articles vient de paraître en Mars 2006.

c) le cas du travail en commun dans une même entreprise d'époux, de concubins ou de parents

- La personne qui est subordonnée n'est jamais commerçante car elle agit sur ordre. Si le travail subordonné est rémunéré, la personne est un salarié. Si le travailleur n'est pas rémunéré, on ne peut pas reconnaître l'existence d'un contrat de travail. La personne est alors considérée comme un collaborateur, ce n'est tjr pas un commerçant. Lorsque ce collaborateur est un conjoint, la loi du 2 Août 2005 a apportée des modifications en faveur du conjoint collaborateur afin d'assurer une meilleure protection sociale (retraite). Le collaborateur peut se faire immatriculé au registre des commerces et sociétés. Le juge considérera que ces 2 personnes assurent ensemble la gestion de l'entreprise si ils travaillent sur un pied d'égalité, qu'il y a donc coexploitation. Les coexploitants sont tous les 2 des commerçants.

**25-04-2006**

### **III) Les conséquences de la qualité de commerçant**

#### **A) Formalités incombant au commerçant**

##### *1- Formalités de publicité*

- La loi impose aux commerçant de se déclarer.

##### **a) publicités au registre du commerce et des sociétés (RCS)**

- Lorsque les corporations ont été supprimées, les registres l'ont été aussi. En 1919, a été mis en place un registre (registre du commerce) qui avait pr but de recenser les commerçants mais le fait d'être ou pas inscrit n'emportait pas des conséquences juridiques. Aujourd'hui il y a le registre du commerce et des sociétés régis par le décret du 30 Mai 1984. En 2000, certains des articles du décret ont été extraits et se retrouvent aux articles L 123-1 et svt du code de commerce.

##### *\*1- domaine*

- L'art L 123-1 du code de commerce fournit la liste des gens devant s'inscrire au registre : commerçants personne physique, non commerçants, EPIC. Les associations ne peuvent pas s'immatriculer au RCS. Le décret du 30 mai fournit une liste des infos contenues ds l'immatriculation. Depuis une loi e 2004 qd on veut se lancer ds une activité indépendante on doit impérativement en informer son conjoint. Il existe ds le code de commerce l'art 526-4 qui indique qu'il faut informer son conjoint des conséquences éventuelles de l'immatriculation car agis sur le patrimoine du couple. Au moment de l'immatriculation, il faut prouver de l'information donnée au conjoint. L'art L 526-1 introduit une disposition originale qui permet à l'entrepreneur (commerçant, professionnel libéraux,...) d'aller devant un notaire pr que sa résidence familiale soit déclarée

insaisissable.

fait cette démarche

Il faut déclarer lors de l'immatriculation si on a d'insaisissabilité. A la fin

de l'activité il faut demander sa radiation ds un délais  
mois.

d'un

*\*2- modalités de publicité*

- demande d'immatriculation : il faut passer par l'intermédiaire d'un centre de formalités des entreprises (CFE). Ces CFE sont régis par un décret du 19 Juillet 1996. Ils recueillent toutes les informations requises du commerçant au greffe du tribunal, aux services fiscaux, à l'URSAF... en pratique il s'est avéré que les CFE ne sont pas toujours très efficace donc parallèlement l'autorisation a été donné aux entrepreneurs de demander directement leur numéro d'immatriculation au greffe du tribunal de commerce. Ce greffe doit délivrer un récépissé de création d'entreprise qui va permettre à l'entrepreneur de s'amorcer ds son activité.
- rôle du greffier : il exerce un contrôle sur les demandes qui lui sont faites. Ce contrôle est tout d'abord formel mais il lui ai impossible de vérifier toutes les informations données. Il doit donc exercer un contrôle de cohérence du dossier. Les greffiers peuvent opposer un refus d'immatriculation. Il est alors possible d'exercer un recours devant un juge du tribunal chargé de vérifier le fonctionnement du RCS. Il rend une ordonnance susceptible d'appel.

*\*3- effets de la publicité et de leur omission*

- immatriculation et non immatriculation : lorsqu'une personne physique d'immatricule au RCS cela emporte une présomption de commercialité [L 123-7 CCom]. Pr les tiers, la présomption est simple, ils peuvent prouver qu'en dépit de l'immatriculation la personne immatriculée n'est pas commerçante. Tandis que pr les personnes immatriculées emporte une présomption irréfragable. La personne immatriculée peut renverser la présomption si le tiers connaît cette situation de non commercialité. Si je ne suis pas immatriculé l'art L 123-8 CCom je ne peux pas me prévaloir d'être commerçant mais les tiers peuvent s'en prévaloir. Les personnes morales sont des personnes morales que si elles s'immatriculent au RCS.
- publicité et omission : l'art L 123-9 CCom fournit des réponses sur la question de l'opposabilité aux tiers de la publicité. Ils peuvent tjr se prévaloir d'un acte ou d'un fait concernant le commerçant que la publicité est été faite ou non. Le commerçant ne peut invoquer que les faits et actes qui ont été publiés. Il peut invoquer un acte non publié sitôt qu'il peut prouver que le tiers connaissait ce fait.

b) autres publicités requises

- Bulletin officiel des annonces civils et commerciales (BODACC) tenu par le journal officier. Il sert de relais ac le RCS. Lorsqu'on est obligé de faire une publicité au RCS, le législateur impose de faire une publicité au BODACC car il n'y aura que des informations minimums.
- Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO) concerne les sociétés qui ont fait appel public à l'état.
- Journaux d'annonces légales. Ce sont des journaux privés qui ont reçu un agrément préfectoral et qui sont habilité à recevoir des publicités imposées par la loi ou les textes réglementaires.

2- *formalités comptables*

a) obligation générale de tenir une comptabilité

- contenu du devoir de tenir un comptabilité et sanctions : obligations de traduire en chiffres des opérations faites et de ce qu'ils ont et de ce qu'ils doivent. Ils doivent donner une image chiffrée de ce qu'est l'entreprise. Les livres que doivent tenir une

entreprise sont le livre journal cad tenir chaque jour par ordre chronologique toutes les opérations effectuées, le grand livre cad comptes des partenaires (clients, fournisseurs) et comptes par opération, le livre d'inventaires [L 123-12] cad état chiffré de l'actif et du passif de l'entrepreneur. A coté de ces livres comptables, il y a les comptes annuels effectués une fois par an : le bilan (séparation de l'actif et du passif), le compte de résultats (faire ressortir si l'année écoulée fait ressortir un bénéfice ou un déficit) et l'annexe (commentaire dressé par le chef d'entreprise à propos du bilan et du compte de résultats). Si on ne tient pas la comptabilité, c'est une faute pouvant engager ma responsabilité civile. Pr le chef d'entreprise, ceci peut être une cause de sanction civil. L'administration fiscale peut rejeter la comptabilité irrégulière et imposer le contribuable sur une autre base. Le fait d'établir une comptabilité irrégulière est susceptible d'être qualifié de faux et d'usage de faux [art 440-1 CP], 3 ans d'emprisonnement et 45000€.

□ utilité de la tenue d'une comptabilité : elle doit être conservé durant 10 ans ac les pièces justificatives [art L 123-22 CCom]. Si le litige oppose 2 commerçants et concerne leurs activités professionnelles [L 12 3-3]. Chaque partie peut apporter la comptabilité de l'adversaire et la sienne. L'indivisibilité de la comptabilité...

b) obligation spéciale d'établir une facture

- Article L441-3 alinéa 1 du code de commerce qui pose cette obligation. Le prestataire de service doit adresser une facture mais l'obligation qui est posé ne vaut que si son contractant est lui aussi professionnel. L'obligation de dresser une facture ne vaut que lorsqu'on est entre professionnels. Si cette facture n'est pas dressée une amende est encourue, (L 441-4), 75000 euros, aussi bien pour les deux parties.

## **29-04-2006**

### ***3- autres formalités***

a) fiscalité

- même système pr toutes les personnes physiques. En revanche pr les commerçants il convient de faire des distinctions. Certaines sociétés sont soumises à l'impôt sur les sociétés. C'est un impôt fixe, en ppe ce taux est de 33,33% de leur bénéfice. En réalité, il existe plusieurs taux suivant la taille de l'entreprise. Les sociétés qui doivent payer cet impôt sont les sociétés anonymes, les sociétés par association simplifiées, les sociétés en commandites par action et la SARL. D'autres sociétés ; notamment les sociétés civiles, en EURL, SARL option, SNC, SCS ; sont des sociétés dites transparentes fiscalement cad qu'elles ne sont pas imposées ; c'est les associés qui seront imposés directement.

b) ouverture et utilisation d'un compte

- [L 123-24 CGC et L 112-6 CMF]

- obligation de paiement des sommes de + de 1100€ par chèques, CB, versement donc obligation d'avoir un compte.

**B) Règles particulières en droit processuel**

- Les juges du tribunal de commerce sont des commerçants élus par les commerçants. Il y a très peu de tribunaux de commerce, car plus il yen a et plus il y a de risques d'être jugé par un commerçant qu'on connaît. Proposition de mettre à coté des juges commerçants, des juges professionnels (échevinages) mais très forte résistance donc laissé en l'état. Les juges commerçants exercent gratuitement leur profession. Ds un certain nombre de cas, il n'y a pas de tribunaux de commerce, c'est alors le TI statuant en matière commerciale qui va connaître du contentieux entre les commerçants.

- A coté des juges commerçants, il y a le parquet représenté par les procureurs, un greffe qui n'est pas fonctionnaire c'est un officier ministériel. Lorsqu'on se retrouve devant le tribunal de commerce, les actes du greffier sont payés par les justiciables au greffier.

*1- la procédure devant les tribunaux de commerce*

- Elle obéit aux ppe fondamentaux de la procédure civile. Elle est publique, contradictoire, statuer à charge d'appel au-delà e 4000€. L'appel est porté devant la cour d'appel où il n'y a que des juges professionnels. Il y a des règles particulières posées aux articles 853 et svt du NCPC. L'origine dérogatoire de ses règles est de simplifier la procédure. Même en matière contentieuse l'art 854 NCPC indique que la demande en justice peut être faite sur requête conjointe. Théoriquement, le tribunal pourrait trancher directement le litige si on a tous les éléments. Généralement, le tribunal renvoie l'affaire à une audience ultérieure. Il peut confier au juge rapporteur l'instruction si besoin. L'art 859 NCPC précise que le juge rapporteur peut tenir l'audience et entendre les plaidoiries si les parties sont d'accord. Ensuite ce juge rapporteur rendra compte de l'audience au tribunal et c'est ce dernier qui rendra le jugement. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire, on peut se représenter soi même ou se faire assister par quelqu'un qui n'est pas avocat. Les parties peuvent se contenter de déposer des conclusions orales, pas d'obligation de déposer des obligations écrites.

*2- les conventions aménageant la compétence des juridictions étatiques*

a) les conventions relatives à la compétence matérielles

- Les tribunaux de commerce sont compétent pour connaître des litiges entre commerçants et lorsque le litige concerne leurs activités commerciales [L 411-4 code d'organisation judiciaire] est ce que les parties peuvent décider de soumettre leur litige à une autre juridiction que le tribunal de commerce ? Et est il possible de désigner le tribunal de commerce alors que c'est une autre juridiction qui a compétence ? Ecarter le TComm au profit du TGI est valable en ppe parce que le TGI est une juridiction de droit commun et elle a une plénitude de juridiction mais au profit d'une autre juridiction d'exception ce n'est pas possible. Le juge peut soulever d'office son incompétence mais il n'est pas obligé. Selon la jurisprudence, 2 non commerçants ne peuvent pas allé devant le TComm. Lorsqu'il y a un commerçant et un non commerçant, si le non commerçant est le demandeur la clause peut produire effet. Si le non commerçant est le défendeur, la clause ne peut pas lui être opposée.

b) les conventions relatives à la compétence territoriale.

- [art 42 NCPC], la juridiction compétente est celle du lieu du domicile du défendeur. Pour les personnes morales, l'art 43 NCPC indique que c'est le lieu où elle est établit. La jurisprudence admet qu'une personne morale est établit au lieu de son siège social mais aussi partout où elle a un établissement ou une succursale. La

jurisprudence des GARES PRINCIPALES [art 46 NCPC] prévoit que le demandeur peut être saisi la juridiction du lieu de la livraison de la chose : exécution de la prestation de service. En matière délictuelle, le lieu du fait dommageable ou la réalisation du dommage. Peut on y déroger ? En ppe, non. Mais l'art 46 admet une dérogation : il faut que toutes les parties aient contractées en qualité de commerçant, alors il est possible de donner une compétence à un autre tribunal. Il faut aussi que la clause soit spécifiée de manière très apparente.

*3- les conventions écartant la compétence des juridictions étatiques : les conventions d'arbitrages*

- voir antérieurement

C) Règles particulières en droit des obligations

- Contagion du droit commercial vers le droit civil (mise en demeure...). Avant en civil, il fallait un huissier, maintenant une lettre suffit comme en droit commun.

*1- importance des usages comme source d'obligation*

- En droit civil, le silence vaut refus mais pas en droit commercial si c'est dans l'intérêt du consommateur ou si il n'y a pas de relation d'affaire. En plus si il y a un usage dans la profession qui impose de protester si on veut refuser alors là le silence vaut acceptation.

*2- en matière de preuves*

- En droit civil, si + de 1500€, la preuve doit être apporté par écrit. En droit commercial, le principe est inverse. Tous les moyens de preuves sont admis si on est au dessus du seuil. L 110-3 CComm. Ce ppe s'applique à 2 conditions : la preuve doit être contre un commerçant.

**02-05-2006**

- Il existe une présomption simple au terme de laquelle l'acte fait par un commerçant est censé l'être ds l'exercice d'une activité commerciale. En outre, si un écrit est produit, la règle de l'art 1341 CC au terme de laquelle il est interdit de produire contre le contenu aux actes ne joue pas. L'écrit n'a pas plus de force qu'un témoignage. Autrement dit la hiérarchie entre les modes de preuves ne joue pas. De même, si un écrit est produit, en droit civil il faut faire référence à la date certaine [art 1348], il faut soit qu'il est eu un enregistrement, soit qu'un notaire est fait acte ou soit qu'une des parties soient mortes (date certaine=la date de la mort). Mais cette règle ne joue pas à l'égard d'un commerçant. La date fait foi même si il n'y a pas d'enregistrement...

*3- en matière d'exécution*

- A cet égard il y a 6 originalités à relever. En droit commun, les codébiteurs sont tenus conjointement et pas solidairement [art 1202 CC]. En droit commercial, la solidarité se présume lorsque ce sont 2 commerçants ou lorsque ce sont 2 commerçants qui ont conclu un acte de commerce à titre isolé.

- Le pouvoir de réfaction des ventes commerciales de marchandises par le juge. En droit commun, en ppe, le juge n'a pas le pouvoir de refaire les contrats, de modifier les dispositions prévues par les parties. Lorsqu'une des parties au contrat n'exécute pas une des obligations, le juge ne peut qu'allouer des dommages et intérêts ou prononcer l'inexécution. En matière commerciale, le juge s'est arrangé un pouvoir de réfaction, pouvoir de refaire le contrat lorsqu'une des parties n'exécute pas ou exécute mal ses obligations. Le juge peut à la demande de l'acheteur diminuer le prix au lieu de prononcer la résolution pr inexécution.

- La faculté de remplacement. En droit commun, lorsqu'un débiteur n'exécute pas son obligation, le cocontractant, le créancier ne peut faire exécuter l'obligation considérée par une autre personne qu'avec une autorisation judiciaire [art 1144 CC]. Pour les ventes de marchandises, la jurisprudence a admis que le créancier pouvait se passer de l'autorisation judiciaire. Elle admet que l'acheteur puisse se procurer les marchandises qui n'ont pas été livrées par le vendeur, auprès d'un tiers et le vendeur devra ensuite rembourser le prix à l'acheteur.

- L'anatocisme. C'est un mécanisme par lequel les intérêts échus, tenu à l'échéance, sont intégrés ds le capital, on dit qu'ils sont capitalisés et qu'ils produisent à leur tour des intérêts. [art 1154 CC] réglemente l'anatocisme et pose 2 conditions : l'anatocisme ne se présume pas, il faut une convention expresse ou une décision de justice ; l'anatocisme ne peut jouer que pr les intérêts du pendant une année entière. Or, en droit commercial, cette seconde condition n'est pas exigée, ce qui veut dire que les intérêts échus peuvent produire des intérêts à des intervalles inférieurs à un an.

- Le délai de grâce. En droit commun [art 1244 CC] ...
- La prescription. En droit commun, le délai normal d'extinction des actions est de 30 ans [art 2262 CC]. Tandis qu'en droit commercial l'art L 110-4 CComm dispose que les obligations se prescrivent par 10 ans.

#### D) Le cas des actes mixtes

- Ce sont les actes qui sont commerciaux pr l'une des parties et civiles pr l'autre. Le cas le plus fréquent d'acte mixte est celui qui est fait par un commerçant et un non commerçant. Il reste qu'il y a des cas où on est en présence d'acte mixte alors qu'on a 2 non commerçant mais l'un fait un acte de commerce.

##### 1- *le système dualiste*

- Lorsque nous sommes en présence d'un acte mixte on applique le droit commercial et le droit civil. On applique le droit commercial à l'égard de celui pr lequel l'acte est commercial et le droit civil à l'égard de celui qui est non commerçant. Ce système s'applique à 3 cas.
- En matière de compétence d'attribution. Lorsque le demandeur est commerçant, il doit assigner le défendeur non commerçant devant la juridiction civile. La jurisprudence a admis que le non commerçant pouvait renoncer à soulever l'incompétence du tribunal de commerce. Lorsque le demandeur est non commerçant, la jurisprudence lui reconnaît une option, il peut assigner le commerçant devant le tribunal de commerce ou devant les juridictions civiles.
- En matière de preuve. Le commerçant doit se plier aux règles de preuves du droit civil. Le non commerçant peut rapporter la preuve par tous moyens à l'encontre du commerçant. Cette règle s'applique même si le litige est porté devant une juridiction civile.
- En matière de présomption de solidarité des codébiteur. Lorsque l'acte mixte est commercial pr les codébiteurs, ils sont présumés solidaires. En revanche si l'acte mixte est civil à l'égard des codébiteurs, la présomption de solidarité ne joue pas.

##### 2- *l'exception : le système unitaire*

- Lorsque ce système s'applique la règle s'applique aux 2 parties. Ce système unitaire s'applique à la compétence territoriale et à la prescription. En matière de compétence territoriale, c'est le droit commun qui s'applique aux 2 parties. La possibilité qui existe en droit commercial par une clause du contrat qui permet de déroger aux règles légales de compétence territoriales n'existe pas, car il faut que les 2 parties soient commerçantes.
- En matière de prescription, c'est le droit commercial qui s'applique aux 2 parties à l'acte mixte soit disant (commerçant et client).

## §2 Les entrepreneurs civils

### I) Les enjeux de la qualification d'entrepreneurs civils

#### A) Les conséquences du caractère civil

##### 1- *la compétence juridictionnelle*

- En ppe, c'est le TGI qui est compétent. L'art 48 NCPC ne peut pas être utilisé car ce ne sont pas des commerçants.

##### 2- *en matière de preuve*

- C'est le code civil qui s'applique donc au-delà de 1500€ il faut prouver par écrit. Lorsque 2 entrepreneurs civils sont codébiteurs, ils sont tenus conjointement.

##### 3- *la prescription*

- C'est le délai de droit commun : 30 ans.

- Si l'entrepreneur civil conclut un contrat ac un commerçant, on sera en présence d'un acte mixte.

### B) Les conséquences liées à la qualité de professionnel

- Ils peuvent introduire une clause compromissoire. Lorsqu'ils concluent un contrat avec des consommateurs, ils sont soumis au droit de la consommation. Ils sont soumis aussi aux règles de droit de la concurrence. Lorsqu'ils connaissent des difficultés, ils sont soumis au droit spécial des entreprises en difficultés ; ils vont être soumis à des procédures collectives : liquidation judiciaire, redressement judiciaire et depuis Juillet 2005 la procédure de sauvegarde. Les entrepreneurs libéraux, personnes physiques, sont soumis à cette législation depuis cette loi du 26 Juillet 2005.

## II) **Les qualifications d'agriculteurs, artisans, professionnels libéraux**

### A) Les agriculteurs

#### 1- *définition de l'agriculteur*

- [art L 311-1 code rural] « Sont réputés agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un site biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement du cycle, ainsi que les activités exercées qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation ». Cette définition posée par la loi s'écarte de celle retenue par la jurisprudence antérieure. Le législateur a eut le souci d'adopter une définition de l'agriculteur différente de celle de la jurisprudence, cette définition légale est plus large. Le monde agricole a évolué de telle sorte que les agriculteurs se sont mis à utiliser des techniques de production qui ressemblent beaucoup aux techniques de productions industrielles, or un industriel est un entrepreneur commerçant. La définition donnée par le législateur permet de maintenir dans le domaine agricole, des agriculteurs qui se sont mis à utiliser des méthodes industrielles qui auraient dû les faire basculer dans le domaine industriel.

### **09-05-2006**

#### a) les activités agricoles de base

- dans le domaine animal, cela inclut l'agriculture pastorale (élevage extensif dans les pâturages) c'est-à-dire toutes les sortes d'élevage y compris l'aquaculture. Dans le domaine végétal. Rupture avec la jurisprudence antérieure, « faire partie du cycle de la vie animal ». JC antérieur : Achat d'animaux, achat de la nourriture pour les engraisser → activité commerciale (élevage intensif). Achat d'animaux, fabrication de la nourriture → activité agricole. Donc le législateur dès l'instant où c'est du végétal ou de l'animal et dès l'instant qu'il participe au cycle biologique même si c'est par l'achat de nourriture dit que c'est un agriculteur.

#### b) les activités agricoles de prolongement

- Activités d'un agriculteur qui sont dans le prolongement des activités de bases : distribution et vente de ses produits, transformation des produits → pas commerçant, reste agriculteur / ou qui ont pour support l'exploitation : tjr activités agricoles, camping à la ferme, promenade organisée gîtes ruraux...

#### 2- *structures juridiques d'exercice d'une profession agricole*

##### a) l'agriculteur, personne physique

- La loi autorise une personne physique en leur nom et pour leur compte d'exercer une activité agricole : entreprise individuelle. Impôt sur le revenu. Son conjoint si il travaille avec lui doit opter pour l'un des régimes (collaborateurs, salariés ou coexploitants). Cette obligation d'opter date de la loi du 5 Janvier 2006 d'orientation agricole. Le législateur traite de la même manière le conjoint, le pacsé et le

concubin.

##### b) l'agriculteur, personne morale

- \*Puisque les activités agricoles sont des activités civiles, il est normal de pouvoir exercer une activité agricole par l'intermédiaire d'une société civile. \*Il n'est pas interdit aux agriculteurs d'exercer leur activité par l'intermédiaire de société commerciale par la forme (SARL, SA, Sté par action simplifiée...). A ce moment là, la personne est un commerçant. La loi fait abstraction de l'activité et ne tient compte que de la forme, donc commerçant automatiquement. \*Possibilité de faire une société coopérative qui n'est ni civile, ni commerciale ; forme qui n'est pas réservée aux agriculteurs. Le but de cette forme de société est de supprimer les intermédiaires. Groupement de plusieurs agriculteurs. Le but est de diminuer le prix de revient et de vente. Boni de liquidation, pas de partage entre les associés, les restes vont à une autre coopérative. But lucratif des coopératives limitées même à la liquidation.

### 3- *de quelques règles spéciales aux agriculteurs*

- Les agriculteurs doivent s'immatriculer au registre de l'agriculture. Innovations de la loi de 2006, reconnaissance du fond agricole, le législateur reconnaît que cette richesse crée constitué un bien qui pourra être donné, vendu, ce qui était problématique jusque là. La loi apporte une modification concernant le bail : bail rural ou bail à ferme (fermage). Juridiquement, un fermier est celui qui est locataire de la terre sur laquelle il travaille. A peu près la moitié des terres agricoles françaises, n'est pas exploitée par les propriétaires mais pas un locataire (un fermier). Le bail est soumis à des règles spéciales. Elles existent depuis l'après guerre. Leur but est de protéger le locataire en place, au détriment du bailleur. Le bail est obligatoirement au minimum de 9 ans. A l'issue des 9 ans, le locataire a un droit à obtenir renouvellement du bail, sinon indemnisation par le bailleur. Les parties ne peuvent pas fixer les loyers librement, des arrêtés préfectoraux fixent des fourchettes de prix. Ces règles sont d'ordre public. En contre partie de cette protection, le fermier n'avait pas le droit de vendre son bail, sauf à son conjoint et à ses descendants ; même si le propriétaire était d'accord. La loi de 2006 a modifié cette règle, à certaines conditions on peut conclure des baux qui pourront être cédés hors du cadre familial.

### B) Les artisans, des entrepreneurs du secteur des métiers

#### 1- *les critères de la qualification d'artisan*

##### a) les critères jurisprudentiels

- Par la jurisprudence, l'activité artisanale relève d'une activité personnelle, généralement manuelle et le professionnel en tire la majorité de ses moyens de subsistance. L'artisan peut recourir à quelques salariés, mais au-delà de 5 spéculation sur le travail d'autrui.

##### b) les critères posés par la loi du 5 Juillet 1996

- Cette loi indique que doivent être immatriculés au répertoires des métiers, les personnes physiques et morales qui n'emploient pas plus de 10 salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation, ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret (250 métiers). Par la loi, les critères s'inscrivent dans la liste, exercé à titre indépendant et de ne pas employer plus de 10 salariés.

#### 2- *les conséquences de la qualification*

##### a) conséquences de la qualification jurisprudentielle

- Normalement un artisan est un entrepreneur civil donc c'est le droit civil qui s'applique (preuve du CC, pas de solidarité...). Le législateur a posé un certain nombre de règles applicables aux artisans qui sont des règles du droit commercial. Quand l'artisan est locataire du local dans lequel il exerce son activité, la loi applicable est



celle applicable au bail commercial. Le conjoint de l'artisan est traité comme le conjoint du commerçant.

b) les conséquences de la qualification de la loi de 1996

- Si la loi de 1996 a été adoptée c'est ds un souci de police, d'organisation et de contrôle des professions artisanales. La loi exige une qualification professionnelle pr exercer certains des métiers de la liste. Mise en place de titre protégé : artisan, maître artisan, compagnon : besoin de diplômes. L'immatriculation emporte une présomption, l'entrepreneur est présumé artisan. C'est une présomption simple.

C) Les professionnels libéraux

1- *Quelques éléments d'histoire*

- Dans l'antiquité, il y avait les esclaves et les hommes libres. Les esclaves faisaient les travaux matériels, méprisés et manuels. Ce ne sont ni des commerçants, ni des entrepreneurs. Sous l'ancien régime, c'est les nobles qui exercent les activités libérales, puis les bourgeois.

2- *Classification*

-

# **DROIT DE L'ENTREPRISE**

## **CHAPITRE 1 : OBJET DE L'ÉTUDE**

### **Section 1 – Notion d'entreprise**

Dans de nombreux textes le terme entreprise est utilisé cependant aucune définition n'en est donnée.

#### **§1. La doctrine**

La doctrine a tenté de donner une définition. Ce sont les économistes qui ont travaillé sur l'entreprise car quand on dit entreprise cela signifie qu'on est en présence d'un travail économique. Les économistes envisagent l'entreprise sous deux angles (externe et interne). L'angle externe, dans ce cas on envisage l'entreprise comme un agent économique qui produit des biens, réalise des services et on étudie son activité, relation avec les tiers notamment. Avec l'angle interne on s'intéresse à l'intérieur de l'entreprise. On étudie l'organisation des moyens agencés en vue d'une activité économique. Moyens humains, matériels. Cet organisation peut être très simple : une personne physique qui développe une activité économique : entreprise individuelle ;

Définition de l'entreprise : « l'entreprise est une organisation unitaire voulue durable de moyens humains et patrimoniaux pour la réalisation d'une activité économique ».

#### **§2. La notion d'entreprise en jurisprudence**

Il n'y a pas de définition unique. Selon la règle que le juge a appliquer l'entreprise peut être envisagé de manière différente. L'entreprise fait partie des notions fonctionnelles. Le juge met l'accent sur une partie de la définition. Il va rechercher si on est en présence d'une collectivité. L'entreprise n'est pas un sujet de droit, ce n'est pas une personne. A aucun moment elle n'est considérée comme une personne, elle n'a pas de droits ni d'obligations et encore moins de patrimoine. L'entreprise n'est pas un bien non plus même si elle est composée de biens.

### **Section 2 – Droit de l'entreprise, Droit commercial, Droit des affaires, droit économique...**

#### **§1. Droit Commercial**

Le droit commercial peut être défini comme le droit applicable aux commerçants et aux actes commerciaux. Dans le langage courant, un commerçant est une personne qui est dans le négoce. (Achat pour revendre). En droit toutes ces personnes, un industriel qui produit des biens en série, un banquier... : ce sont des commerçants.

Le droit commercial est un droit d'exception. La question est de savoir pourquoi certains bénéficient de droit particulier ? Le salarié bénéficie d'une règle particulière. Les historiens démontrent que les usages du moyen âge trouvent encore des traductions dans notre droit positif du 21<sup>ème</sup> siècle. Au moyen âge les réglementations étaient différentes.

## §2. Du droit commercial au droit de l'entreprise

### 4. Expansionnisme

Phénomène d'expansionnisme qui s'est réalisé. Autrement dit les règles issues du droit commercial se sont infiltrées au-delà du domaine d'application du droit commercial.

Adoption des textes par les particuliers en difficultés : procédure de surendettement.

### 5. Dimension pluridisciplinaire

...

## CHAPITRE 2. LES SOURCES DU DROIT DES ENTREPRISES

### Section 1. Les sources d'origines publiques

#### Sous section 1. Les sources d'origine interne

##### §1. Bloc constitutionnel ; lois ; ordonnances ; règlements ; et sources administratives

- Bloc constitutionnel et liberté d'entreprendre

##### *A. Historique*

Loi d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 qui n'ont pas été reprises par le législateur quand il a fait le code. C'est de cette loi que découle le principe de liberté d'entreprendre. Majorité des métiers étaient organisés en corporations.

Chaque corporation faisait elle-même les règles de la profession. Les historiens montrent que pour qu'un compagnon accède à la qualité de maître il y avait des règles strictes (10 ans de stage) de sorte qu'en fait seul les fils des maîtres devenaient des maîtres.

Compagnonnage : ancêtre des syndicats. Le système des corporations provoquait un verrouillage puisque pour accéder à un métier on ne pouvait l'exercer librement.

Donc la loi d'Allarde rompt avec ce système « il sera libre à toutes personnes de faire telle négoce ou exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Les corporations sont interdites.

Règne de l'individualisme. Le patron et l'ouvrier doivent se retrouver individuellement face à face, Loi le chapelier.

Loi Waldeck rousseau qui ré autorise les syndicats.

##### *B. Le sens du principe de la liberté d'entreprendre*

Ce principe signifie que chacun a le droit d'exercer l'activité de son choix de manière indépendante. Ce principe joue aussi bien pour les activités professionnelles civiles que pour les activités professionnelles commerciales. Dans ce cas la liberté d'entreprendre est aussi appelée liberté du commerce et de l'industrie. La liberté de la concurrence est une liberté dérivée de la liberté du commerce et de l'industrie.

##### *C. La valeur de ce principe de liberté d'entreprendre*

Quel est le pouvoir qui a compétence pour encadrer ce principe ? Marge de manœuvre de l'organe ? Le conseil d'état a posé que la liberté du commerce et de l'industrie était une liberté publique. Or, en vertu de notre constitution, article 34, c'est le parlement qui a

compétence pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. De cette qualification adoptée par le conseil d'état, il résulte deux conséquences. La première c'est le parlement qui a compétence pour fixer les limites qui sont nécessaires à un exercice réel de cette liberté. Donc le pouvoir réglementaire n'a pas de compétence lorsqu'il s'agit de prendre l'initiative d'une limitation de cette liberté.

Deuxième conséquence, la loi a compétence que pour fixer les cadres généraux. Il en découle qu'une fois le cadre général fixé il revient au pouvoir réglementaire de poser les règles pour la mise en œuvre, mise en application de ce cadre général.

Quelle est la marge de manœuvre du parlement ? Le conseil constitutionnel dans une décision du 16 janvier 1982, (loi sur les nationalisations) le conseil a affirmé que la liberté qui, au terme de l'article 4 de la déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait elle-même être préservée si les restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre. Le parlement ne peut pas adopter des restrictions à la liberté d'entreprendre. Le conseil constitutionnel a compétence pour contrôler les restrictions que le législateur pourrait apporter à la liberté d'entreprendre. Cette décision a été très vivement critiquée par certains auteurs qui ont estimé qu'à aucun endroit dans le bloc de constitutionnalité n'est mentionnée la liberté d'entreprendre. Le conseil constitutionnel aurait donc pris une décision en inventant une sorte de constitution économique libérale. Le principe de la liberté d'entreprendre est un principe à valeur constitutionnelle. Donc le législateur ne peut pas supprimer cette liberté, mais il peut néanmoins lui fixer des limites. Lorsque le législateur introduit des aménagements il s'agit d'exceptions au principe de la liberté d'entreprendre.

- Lois, ordonnances

Les ordonnances prévues par l'article 38 de la constitution sont des textes pris par le gouvernement dans le domaine qui n'est pas le sien mais dans le domaine de compétence du parlement (article 34). Il faut que le parlement l'ait habilité préalablement. Pour que le texte acquiert force de loi il faut que le parlement le ratifie. Dans le domaine du droit commercial, beaucoup de textes qui sont issus d'ordonnances. Tout le droit de la concurrence est issu d'une ordonnance de 1986. Toutes ces ordonnances ont été reprises dans le code de commerce. Deux ordonnances qui ont été prises sous l'influence de Colbert, l'une est de 1673 sur le commerce de terre et l'autre de 1681 sur le commerce maritime. C'est à cette époque que le droit commercial est devenu un droit écrit. Ces deux textes fondamentaux constituent la première entreprise de codification. Ordonnance de 1673, également appelé Code Savary. 1807 un code de commerce est adopté, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1808. Ce code s'est inspiré des ordonnances de Colbert. Le problème est que ce qui valait en 1673 n'était plus valable en 1807. À la différence du code civil, le code de commerce n'est pas du tout un code d'envergure, on lui a reproché d'être lacunaire, archaïque. C'est un code conjoncturel. Ce code s'est totalement vidé de sa substance au fil du temps. C'est pour cette raison qu'est né au cours de l'année 2000 le code, aujourd'hui en vigueur, issu d'une codification à droit constant.

Codification classique : il s'agit d'essayer de construire un ensemble cohérent de règles au sein d'un code, faire ressortir les principes fondamentaux qui vont structurer le droit applicable.

Codification à droit constant : codification beaucoup moins ambitieuse dont l'objet est seulement de rassembler les textes qui existent déjà, que l'on ne va pas modifier. Sans modifier le fond du droit, on va essayer de réorganiser tous ces textes dans un code.

Le gouvernement par une ordonnance du 18 septembre 2000 a rendu son travail en mettant en place la partie législative du code de commerce. On a reproché au gouvernement d'avoir

manqué d'ambition pour la réalisation de ce code de commerce. Une autre critique est que le gouvernement a fait une codification à droit constant.

L 621-43

L : partie législative

6 : livre 6

2 : Titre 2

1 : Chapitre 1

43 : 43<sup>ème</sup> article du chapitre 1...

- Les règlements et les sources administratives.

Règlements : décrets, arrêtés. Au sein des règlements on distingue les règlements autonomes, ceux qui sont pris dans le domaine de compétence du gouvernement article 37 de la constitution. Le gouvernement a un pouvoir propre en matière de registre du commerce et des sociétés. Les règlements d'application qui eux viennent compléter les lois. L'autorité des marchés financiers (AMF), c'est un organisme qui a fonction de réguler, de faire que les marchés financiers fonctionnent bien. Pour que les choses fonctionnent bien, l'AMF peut prendre des règlements qui ensuite sont homologués par le ministre, donc qui deviennent vraiment des règlements, ce qui lui confère une force obligatoire. L'AMF émet également des avis sur la loi. Elle prend des recommandations. Ce qu'on appelle du « droit mou », a priori ses avis n'engagent à rien. En pratique cependant, ces avis vont avoir une forte influence sur le comportement des acteurs qui travaillent sur les marchés boursiers.

Ceci est également valable pour le conseil de la concurrence, qui est une autorité administrative indépendante. Ses avis ne sont certes pas obligatoires mais en pratique les acteurs les suivent.

## §2. La jurisprudence

Le juge est amené à donner un sens à un texte. Il est également amené à créer des règles nouvelles. En principe la règle nouvelle que le juge a dégagée n'a vocation à s'appliquer qu'au litige qu'il a tranché. Donc le parti qu'il a pris n'a normalement pas de portée générale. En droit des entreprises, il est incontestable que la jurisprudence est à l'origine de création majeure de ce droit. Exemple : l'action en concurrence déloyale. La jurisprudence a déclaré que certains moyens, bien qu'ils ne soient pas interdits, ne sont pas loyaux. De cette façon, celui qui adopte ce comportement sera sanctionné par la jurisprudence de sorte que la victime soit indemnisée.

Si les entreprises sont des entreprises civiles, les juridictions qui ont vocation à connaître du litige sont les juridictions civiles, le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance. Cela vise toutes les sociétés civiles immobilières, tous les professionnels libéraux.

Si en revanche les entreprises sont des entreprises commerciales, c'est en principe le tribunal de commerce qui est compétent. Il s'agit de grands principes qui subissent plusieurs aménagements. Par exemple, en matière de bail commercial c'est le tribunal de grande instance qui est compétent et non le tribunal de commerce.

Lorsqu'il s'agit de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, la compétence échappe aux juridictions puisque c'est le conseil de la concurrence qui est compétent.

Il est possible d'échapper aux juridictions étatiques en ayant recours à l'arbitrage. L'arbitrage est un moyen pour les parties de ne pas aller devant le juge, mais de soumettre le litige à des personnes privées. Pour cela il faut que les parties aient conclu une convention d'arbitrage. Il existe deux types de conventions d'arbitrage, l'une est appelée le compromis et l'autre est appelée la clause compromissoire. Ces deux types de conventions ont en commun d'écarter

les juridictions étatiques et de mettre en jeu un arbitre. Ce sont obligatoirement des personnes physiques. La décision prise par les arbitres n'est pas un jugement mais une sentence arbitrale. Le compromis, article 1447 du NCPC, c'est une convention par laquelle les parties conviennent de soumettre un litige à arbitrage. Tandis que la clause compromissoire, article 1442 du NCPC, est au terme de ce texte une convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître de ce contrat. Dans la première on connaît déjà le litige. Dans la seconde on prévoit. Les clauses compromissoires sont donc plus dangereuses car on ne sait pas ce qui va arriver, quel sera le litige...

Il y a des domaines dans lesquels le recours à l'arbitrage est purement et simplement interdit comme en matière civile dans les cas de divorce. Mais c'est le cas notamment dans le droit des entreprises en matière de brevet et en matière de redressement, liquidation judiciaire. Limitation du champ et à partir de 2001 la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. Ce qui veut dire que désormais les professionnels libéraux, les agriculteurs, les entrepreneurs que peuvent être des sociétés civiles (domaine immobilier) peuvent conclure des clauses compromissoires. Lorsque l'arbitre rend sa sentence celle-ci est dotée de l'autorité de la chose jugée, comme un jugement. C'est l'article 1476 du NCPC. Une fois la sentence rendue il est attaché à cette décision une présomption de vérité. Pour faire tomber cette présomption l'appel est en principe ouvert et là on retourne devant les juridictions étatiques puisque l'appel se fait devant la cour d'appel. En revanche le pourvoi en cassation est fermé. Mais il est possible dans la convention d'arbitrage de renoncer à l'appel. Toutefois le NCPC note qu'il y a une exception dans le cas où la sentence est entachée d'un vice grave. (Règles d'ordre public)

Il est des matières qui sont extrêmement complexes, techniques et donc le juge étatique se retrouverait perdu devant cette affaire. La compétence de l'arbitre est donc un avantage car l'arbitre est spécialisé. Un autre avantage est la discrétion, ce qui est un atout majeur, car la solution du litige et le litige lui-même n'est pas étalé sur la place publique.

Il est possible également de statuer en amiable composition, c'est la possibilité de demander à l'arbitre de ne pas tenir compte du droit mais de trancher le litige en fonction de ce qui lui paraît être équitable. Il faut cependant relativiser cet avantage, car il est tout à fait possible de demander au juge étatique de statuer en amiable composition (article 12 du NCPC).

Au titre des inconvénients, il y a le coût. Devant la juridiction étatique, on ne paie pas le juge. Alors que lorsqu'on a recours à l'arbitrage, on doit payer l'arbitre ou les arbitres. Souvent la rémunération est très élevée, ce qui explique pourquoi ce sont le plus souvent des entreprises qui ont recours à l'arbitrage.

Ce dont n'est pas doté la sentence arbitrage c'est de la force exécutoire (1477 NCPC), ce qui signifie que la partie qui a perdu, si elle ne s'exécute pas spontanément, son adversaire ne peut pas poursuivre son application forcée, (huissier, saisie...) pour que la sentence devienne exécutoire, il faut demander un exequatur au tribunal de grande instance.

## **Sous section 2. Sources d'origine communautaire**

Rappel des buts poursuivis en matière économique : on peut dégager deux buts,

- Un premier est d'essayer d'établir un marché commun aux différents états, autrement dit c'est d'essayer de faire que les territoires des états membres constitue un grand marché, dépasser les frontières. Pour cela il y a deux grands axes :

- \_ Promouvoir la liberté de circulation, des capitaux, des services, des marchandises et des personnes pour établir ce marché commun.

- \_ Promouvoir la liberté de la concurrence, favoriser la compétition, promouvoir un système économique dans lequel les entreprises ont la réelle possibilité d'attirer la clientèle.

- Le second but est d'essayer de promouvoir une politique commune des différents états à l'égard des états extérieurs.

## §1. Traités et normes dérivées.

A l'origine il y a trois traités qui ont été conclus à l'époque par 6 états. Le traité de la CECA, communauté européenne du charbon et de l'acier en 1951.

Le traité EURATOM en 1957, et le traité CEE en 1957.

L'acte unique européen, en 1986, dont le but était de relancer la procédure d'intégration pour le marché européen.

Traité de Maastricht en 1992, avec lequel on introduit dans l'union économique une union monétaire et de plus on introduit la sécurité et la politique étrangère PESC, et un troisième volet est d'essayer d'intégrer une coopération dans les affaires de la justice.

## §2. Jurisprudence

Elle est issue de la cour de justice des communautés européenne, de la CJCE et du TPI, tribunal de première instance. La cour de justice est installée à Luxembourg, elle est composée de 25 juges, un par état. Les juges sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des états membres. La cour de justice comme le TPI assure l'unité de l'interprétation du droit communautaire. Le TPI existe depuis 1989 dans le but de soulager le travail de la cour de justice. Pour simplifier on peut dire que la cour de justice est compétente pour les recours initiés par les états ou par les institutions tandis que le TPI est chargé des recours intentés par des personnes physiques ou des personnes morales. Les décisions du TPI peuvent faire l'objet d'un recours devant la CJCE qui est limité aux questions de droit.

## **Sous section 3. Les sources d'origine internationales.**

### §1. Indications générales fondamentales.

Le droit international est issu de conventions conclues entre les états, qu'on appelle des traités, c'est l'œuvre des états. Il existe trois types de traités.

- Traités qui désignent pour une situation donnée le juge compétent et la loi applicable. Dans ce cas cela veut dire que les états qui se sont mis d'accord, ont mis en commun des règles de droit international privé.
- Traités qui juxtaposent un droit nouveau à un ancien droit.
- Dans ce cas le traité provoque une modification des droits nationaux en vue d'une harmonisation voir d'une unification.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, a conféré une portée large aux dispositions du traité de telle sorte qu'à certain égard la convention est bien une source du droit de l'entreprise. Règle de l'inviolabilité du domicile a été appliquée aux locaux commerciaux. De même la liberté d'expression a été considéré comme intéressant l'expression publicitaire.

### §2. Etude spéciale : l'OMC.

La Russie n'en fait pas encore partie mais il est possible que son adhésion aboutisse fin 2006. 2/3 des pays sont des pays en développement. Depuis les années 80 ces pays parviennent à jouer un rôle plus important, et occupe une place plus importante dans l'économie mondiale. Programme de Doha pour le développement.

Objectif général de l'OMC est de libéraliser ce commerce entre les états et les accords obtenus en gage des états constituent des règles régissant le commerce entre ces états. L'OMC est née en 1995 son siège est à Genève, mais elle a succédé à une autre organisation le GATT General Agreement on Tariffs and Trade. Un traité avait été conclu pour faciliter le commerce des marchandises entre eux. Entre 1947 et 1994 il y a eu 8 cycles de négociations. Le huitième et dernier sous l'égide du GATT est le cycle d'Uruguay. L'Uruguay Round.

- Les apports du cycle d'Uruguay.

Ce cycle s'appelle cycle d'Uruguay parce que c'est là-bas que les états ont décidé de lancer ce programme de négociation. On était en 1986 quand ce cycle a été lancé, il devait durer quatre ans et en définitive a duré jusqu'en 1994. Ce cycle a abouti à des accords fondamentaux, des traités entre les différents états membres.

### *1. Création de l'OMC.*

A la différence du GATT, l'OMC est une organisation de droit qui repose sur l'un des traités et qui est dotée de la personnalité juridique. Cette conférence qui réunit des représentants de chaque état membre comprend donc environ 150 représentants, pour nous c'est un représentant de l'union européenne. Cette conférence ministérielle se réunit tous les deux ans. Et la dernière s'est réunie à Hong Kong en décembre 2005.

Secrétariat général : environ 600 personnes qui y travaillent. Il est placé sous l'autorité d'un directeur général qui est Pascal LAMY.

Quand on ne dit rien on est d'accord. Le silence vaut acceptation. Au cours des négociations on va avoir à résoudre que les problèmes sur lesquels on a besoin de s'exprimer.

## **21-02-2006**

### *2. L'accord sur les différends*

Si un état membre considère qu'un autre état membre a manqué à ses obligations, il peut alors saisir l'OMC. Il demande une ouverture de conciliation c'est à dire trouver un accord à l'amiable. Depuis 1995, environ 300 affaires ont été portées devant l'OMC. Si il n'y a pas d'accord à l'amiable possible, l'affaire est examinée par un groupe d'experts indépendants qui fait un rapport dans lequel ce groupe propose une solution au litige : l'ORD (Organisation de règlement des différends). L'organe de règlement des différends qui fait parti de l'OMC décide. C'est le conseil général qui remplit les fonctions d'organe de règlements des différends donc cet organe est composé de tous les représentants des états membres. Pour que cet organe rejette la proposition du rapport il faut un consensus négatif, il faut que l'unanimité s'oppose aux propositions qui ont été faites.

Un recours en droit peut être ouvert contre les décisions prises. Ce recours est formé devant un organe d'appel qui n'est pas composé par des représentants des gouvernements. Cet organe rend un rapport. Si l'Etat défendeur a été condamné, il doit se conformer aux solutions de la décision. On lui donne des délais. Si à l'issue des délais il ne s'est pas conformé à la décision l'Etat demandeur peut demander à l'ORD de prendre des mesures de rétorsion. Toujours besoin d'un consensus. Les membres de l'OMC ont donc accepté de recourir à un tiers pour régler leurs différends

### *3. L'accord sur le mécanisme d'examen de politique commerciale*



Il y a deux dispositifs. Le premier est le fait que les Etats doivent faire une déclaration de leurs politiques : notification. Le second est l'OMC qui prend des initiatives car elle procède à l'examen des politiques commerciales des Etats. C'est le conseil général qui procède à cet examen. L'intervalle entre deux examens d'un même pays varie selon la taille du pays, 2 ans pour les pays comme USA, UE.

#### *4. Extension du domaine des accords, principe et exceptions qui les gouvernent.*

A l'issue du cycle d'Uruguay d'autres accords ont été conclus : accord général sur le commerce des services, accord sur les échanges relatifs à la propriété intellectuelle.

- Principe du libre échange, donc du libéralisme. Moyens pour encourager les échanges : abolir les droits de douanes, les contingents...

- Principe de non discrimination se manifeste au travers de deux règles : la clause dite de la nation la plus favorisée et la règle dite du traitement national. Si un pays accorde à un autre Etat membre une faveur, il favorise un partenaire ; en vertu du principe de non discrimination, il doit adopter le même comportement à l'égard de tous les autres membres de l'OMC. La 2<sup>ème</sup> règle signifie que chaque Etat doit traiter également ce qui est étranger et ce qui est national.

- Ces principes connaissent des tempéraments qui jouent dans deux cas de figures : les pays en voie de développement (PED) ils bénéficient souvent de délais et ils sont autorisés à prendre des mesures qui sont normalement interdites, au sein de ces pays il existe une sous catégorie : les pays les moins avancés (PMA). Les pays peuvent apporter des avantages à ces PMA sans avoir à apporter les mêmes avantages aux autres Etats. Une autre dérogation peut être utilisée lorsqu'il apparaît un impératif supérieur : santé, sécurité, environnement, culturel... Dans ces cas, les gouvernements peuvent prendre des mesures protectionnistes contraire au libre échange.

- Le programme de Doha pour le développement

#### Conférences ministérielles

- Déc. 1996, Singapour. Les Etats se réunissent pour évaluer les difficultés de mises en œuvre des décisions prises 2 ans auparavant à Marrakech.

- 1999, Seattle. Certains états veulent qu'on ouvre un nouveau cycle de négociation. Les autres (PED) refusent ce nouveau cycle car ils estiment que ces thèmes ne bénéficient qu'aux pays riches. Le projet de lancer un nouveau cycle échoue.

- Nov. 2001, Doha. Un nouveau cycle est lancé et pour obtenir le consensus nécessaire, il est convenu que ce cycle aura pour objet les nouveaux thèmes mais aussi de continuer les négociations sur le volet agricole en tenant compte des besoins spécifiques des PED. Ce nouveau cycle est appelé programme de Doha pour le développement. Ce cycle était sensé durer 4 ans mais il n'est toujours pas achevé.

- Sept 2003, Cancun.

- Déc. 2005, Hong kong. Consensus minimal trouvé pour reformer les axes fondamentaux conclus à Doha. Les USA et l'UE se sont dit tous les deux prêt à négocier pour éliminer les subventions à l'exportation à la fin de 2013.

- Aux USA, jusqu'au premier semestre 2007, il existe un dispositif qui oblige le congrès américain d'adopter en bloc les accords commerciaux prévus par le gouvernement. Au delà de ça, l'OMC a plein de défauts mais elle est un atout dans le sens où elle favorise des négociations multilatérales. Si les Etats riches ne trouvent pas satisfaction au sein de l'OMC, des accords bilatéraux sont pris hors du cadre de l'OMC. Il est évident que pour les PED avoir en face d'eux comme interlocuteur que des entités tel que l'UE ou les USA, c'est être en position inférieure.

## **Section 2. Sources d'origine privée**

Le droit des entreprises est en partie nourri de règles qui trouvent leurs origines dans l'activité des entreprises elles même.

### **§1. Usages**

Ce sont des règles qui sont issues de pratiques adoptées par les professionnels c'est à dire par une personne privée. Au fil du temps ces pratiques se transforment en usages qui ont une certaine force obligatoire.

#### **A. Usages conventionnels**

Ce sont des normes de conduite issues de comportement habituellement suivis dans telle profession ou telle activité. Ils ont une portée limitée à une activité ou à une profession. La force obligatoire de ces usages dits conventionnels est la même que celle du contrat. Cela veut dire que lorsque des professionnels concluent un contrat ils sont sensé s'être référé aux usages de la profession. L'usage ne peut être invoqué s'il est contraire à une règle d'ordre public.

La preuve de ces usages est à la charge de celui qui s'en prévaut. Cette preuve se fait par la production de parère, c'est un certificat qui établit l'existence d'usages. Il est donné par les chambres de commerce et d'industrie.

#### **B. Usages de droit**

Ces usages de droit ont force de loi. Ils sont adoptés de manière général, ils ont une portée beaucoup plus large. La jurisprudence a décidé que ces usages de droit s'applique d'une manière générale en droit commercial sans avoir besoin de se référer à ce que les parties ont voulu.

- En droit commercial, il existe un usage de droit qui est que lorsqu'il y a deux débiteurs, ils sont tenus solidairement, même si le contrat ne dit rien. Le juge a donc admis le fait que cet usage de droit est supplanté une loi supplétive. Un usage de droit peut supplanter une loi impérative civile mais pas une loi impérative commerciale (doctrine).

### **§2. *Les mercatoria* : droit transnational**

Le droit international est un droit qui est le fruit de traités conclus entre des Etats. Alors que le droit transnational n'est pas posé formellement par les Etats, c'est un droit spontané qui est une somme d'usages suivis par les acteurs du commerce international. Des organismes (Uni droit) essaient de rassembler ces usages de droit transnational de façon écrite. Ils essaient de trouver des points communs entre le droit commercial des différents pays. En 1994, une sorte de code a été écrit, les principes du droit international commercial, pas de force obligatoire.

# **PREMIERE PARTIE**

## **LES COMPOSANTS DE L'ENTREPRISE**

### **TITRE 1. LES ACTEURS**

#### **SOUS TITRE 1. L'ENTREPRENEUR**

#### **Chapitre 1. Les entrepreneurs commerçants**

---

##### **Sous chapitre 1. Qui peut être commerçant ?**

En principe, tout le monde. En réalité, cette réponse de principe connaît des tempéraments et des exceptions.

##### **Section 1. Les personnes physiques**

Lorsque l'entrepreneur est une personne physique cela veut dire que c'est un individu qui exerce une activité commerciale ou une activité libérale. Et dans ce cas on dit qu'on est en présence d'une entreprise individuel, c'est à dire que c'est un individu qui sur la scène juridique exerce cette activité.

##### **§1. Les personnes physiques protégées peuvent-elles être commerçantes ?**

Il faut distinguer les incapables et les personnes soumises à une mesure de sauvegarde.

**Incapables** : Les mineurs, les majeurs sous tutelles, les majeurs en curatelles.

- En ce qui concerne les mineurs, article L121-2 du code de commerce qui apporte une réponse résolument négative en précisant que le mineur même émancipé ne peut être commerçant. Il convient de préciser que l'incapacité commerciale du mineur est une incapacité de jouissance. Un mineur peut être propriétaire mais ne peut pas exercer ce droit de propriété. Ici il est hors de question qu'un mineur puisse exercer une activité commerciale même représentée par ses parents.

- Les majeurs sous tutelle : en revanche on n'a pas de texte dans le code de commerce.

Il faut donc regarder dans le code civil et essayer d'en extraire des règles pour savoir si un majeur sous tutelle peut être commerçant. Le code civil montre que le majeur sous tutelle est soumis à un régime identique, sauf exceptions, que les mineurs. Les majeurs sous tutelle ne peuvent donc pas être commerçant.

- Le majeur sous curatelle : en doctrine les auteurs sont partagés, certains estiment qu'il faut donner la même réponse que pour les mineurs et majeurs sous tutelle. D'autres estiment que c'est possible mais seulement sous une assistance permanente du curateur. En pratique cela est difficilement réalisable.

A coté on a des majeurs capables qui sont soumis à des mesures de sauvegarde de justice. En principe, ils sont capables mais ils auront la possibilité de demander la révision ou l'annulation des actes. Ils peuvent être commerçants. Mais le risque pour les cocontractants est plus grand.

## §2. Les personnes ayant subi des condamnations peuvent-elles être commerçantes ?

### A. En présence d'une condamnation pénale

Ordonnance du 6 mai 2005, qui réorganise le régime des interdictions concernant les personnes ayant subi des condamnations pénales. Cette ordonnance « relative aux incapacités en matière commerciale » abroge deux textes anciens l'un de 1938 et 1947. Tous les cas où il y a un crime, condamnations pour crimes. Dans certains cas aussi lorsqu'il y a un délit : il faut que la personne ait été condamnée à une peine d'emprisonnement ferme d'au moins 3 mois. Et il faut que ce soit pour un délit figurant dans une liste établie par l'ordonnance. Cette liste est extrêmement longue. Exemple : le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, le faux, la corruption. Sont également énumérés des délits visés par le code de la consommation, ou encore par le code général des impôts ou encore visés par le code du travail, donc des délits à l'égard des salariés. L'article L128-3 tient compte des condamnations qui ont pu être prononcées par une juridiction étrangère. En vertu de l'article L 128-1 du code de commerce on est soumis à une interdiction « nul ne peut directement ou indirectement pour son compte ou pour le compte d'autrui entreprendre l'entreprise d'une activité commerciale dirigée, administrée, gérée, ou contrôlée à un titre quelconque... ». L'interdiction est automatique dès lors qu'il y a une condamnation on est soumis à l'article L 128-1 du code de commerce. Combien de temps l'interdiction dure-t-elle ? 10 ans. En vertu d'une disposition du code pénal L 132-21, il est possible d'être relevé de l'interdiction par un jugement. Arrêt d'assemblée plénière du 4 mars 2005, BRDA (bulletin rapide de droit des affaires) 2005 n°18.

### B. Les personnes ayant subies certaines condamnations non pénales.

Certaines fautes peuvent provoquer des interdictions. C'est le cas des condamnations pour non respect des règles fiscales. Article 1750 du code général des impôts qui envisage cette situation. Autre cas, la faillite personnelle. L'hypothèse c'est que l'entrepreneur individuel ne parvient plus à payer ses créanciers. On dit qu'il est en cessation des paiements. L'entrepreneur va alors se soumettre au contrôle du juge, du tribunal qui va ouvrir une procédure qui peut notamment être une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Les textes relatifs aux procédures collectives (redressements et liquidations) indiquent que si le chef d'entreprise a commis des fautes, par exemple sa comptabilité n'est pas régulièrement tenue, le tribunal peut décider de lui infliger une sanction qui n'est pas une sanction pénale mais une sanction civile, c'est ce qu'on appelle la faillite personnelle. Consiste à interdire de faire le commerce, d'avoir une activité commerciale, directement ou indirectement. Cette interdiction peut durer au maximum 15 ans. Et dans certains cas il est possible d'être relevé de cette interdiction.

## §3. Les personnes exerçant une autre activité peuvent-elles être en outre commerçantes ?

La réponse de principe est oui. (Liberté d'entreprendre, liberté du travail). Cependant il existe des exceptions d'interprétations strictes. Ces incompatibilités sont nombreuses. Par exemple les fonctionnaires, ils ne peuvent pas avoir d'autres activités de façon générale. Il leur est interdit d'exercer une activité privée lucrative. En cas de violation des incompatibilités des sanctions pénales sont prévues. En outre en ce qui concerne les professionnels libéraux, ils peuvent subir des sanctions disciplinaires.

## §4. Un étranger peut-il être commerçant ?

Il convient de noter qu'aujourd'hui les règles applicables ont été renouvelées. Ordonnance du 25 mars 2004 qui a modifié les articles L122-1 et suivants du code de commerce relative aux commerçants étrangers. Avant l'ordonnance le commerçant étranger devait être muni d'une carte spéciale, la carte d'identité spéciale de commerçant, laquelle est délivrée par le préfet. Cette carte mentionne les activités auxquelles l'étranger est autorisé à se livrer et mentionne également les départements dans lesquels il peut exercer l'activité. Désormais, une personne étrangère n'aura plus à être muni de cette carte, mais devra toujours se soumettre à un contrôle préalable. Le préfet en cas de refus devra donc motiver sa décision et un recours pour excès de pouvoir peut être intenté.

Dans certains cas, certains n'ont pas besoin d'accord préalable : les étrangers qui possèdent une carte de résident, les ressortissants de l'union européenne, les ressortissants de l'espace économique européen (EEE), et l'ordonnance de mars 2005 a élargi aux ressortissants des états membres de l'OCDE. Au-delà de ces cas, il existe des conventions avec d'autres états comme Andorre, Monaco, l'Algérie qui permettent à leurs ressortissants de ne pas avoir besoin d'accords préalables. Toutes ces personnes, si en dépit de l'interdiction d'exercer un commerce, exerce quand même un commerce, sont considérées comme des commerçants de fait. Ils ne pourront donc jamais se prévaloir de leur qualité de commerçants, (pas de redressement judiciaire...). Les tiers peuvent opposer leur qualité de commerçants. Un tiers pourrait assigner en redressement judiciaire un commerçant de fait.

## **Section 2. Les personnes morales**

### **§1. Les personnes morales de droit public peuvent-elles être commerçantes ?**

La question peut se poser pour les collectivités territoriales. Lorsqu'une collectivité territoriale exerce une activité en régie.

On considère que l'activité principale de la régie... n'est pas de se livrer au commerce. S'il s'y livre ce n'est qu'à titre accessoire. Les collectivités territoriales ne sont donc pas rangées dans la catégorie des commerçants. Mais il n'empêche que le droit privé va tout de même s'appliquer notamment dans les relations avec les usagers.

Situation complexe également pour les EPIC, les établissements publics, industriels et commerciaux. C'est cette personne juridique qui va exploiter l'entreprise. Les EPIC ont des activités tout à fait comparables à certaines entreprises du secteur privé.

Les EPIC sont des entreprises du secteur public. Ils ne sont pas commerçants. Cependant ils doivent s'inscrire au RCS (Registre du commerce et des sociétés).

### **§2. Toutes les personnes morales de droit privé peuvent-elles être commerçantes ?**

Le principe de spécialité légale des personnes morales. Une personne physique peut s'adonner à toutes les activités qu'elle souhaite. Or ce n'est pas le cas des personnes morales. Une personne morale ne peut être constituée que pour exercer des activités spécialement déterminées par la loi ou dans des buts spécialement décrits par la loi. C'est le principe de spécialité légale.

Une société pour devenir une personne, un sujet de droit, avec des droits des obligations, un patrimoine, le droit dit qu'il faut procéder à une immatriculation au RCS.

Article 1132 du code civil.

En ce qui concerne les syndicats, article L 411-1, lorsqu'on veut défendre des droits des intérêts aussi bien individuels que collectifs des personnes qui sont visés par le statut.

Pour les associations c'est beaucoup plus compliqué. Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901. Groupement constitué par les sociétaires dans un but autre que de se partager les bénéfices.

Les associations ne devraient pas investir le monde économique. Certains expliquent cette opposition parce qu'en droit fiscal les entreprises ne sont pas considérées de la même façon que les autres commerçants. Les associations peuvent bénéficier de personnels bénévoles beaucoup plus que les commerçants. L 142-7 du code de commerce qui date de 1986 qui dit qu'aucune association ne peut de façon habituelle offrir des produits à la vente les vendre, ou fournir des services, si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts. En droit positif on voit que dans certaines espèces la cour de cassation a admis l'application du droit commercial à certaines associations. La liste de ceux qui doivent s'immatriculer au RCS ne comprend pas les associations (traité de 1984).

## **Sous chapitre 2. Qui est commerçant ?**

Dans le cas où l'entrepreneur est une société, si elle répond à ce qui est précisé dans l'article L210-1, c'est un commerçant.

### **Section 1. Critère tiré de la forme adoptée par une société immatriculée.**

#### §1. Indications générales fondamentales

Le terme société pour les juristes peut désigner un acte juridique mais peut aussi désigner un sujet de droit, une personne.

- Acte juridique

La société peut être envisagée comme un contrat. Deux personnes ou plus se mettent d'accord pour mettre en commun des biens ou leur travail afin de développer sur un pied d'égalité une activité commune en vue de faire des bénéfices et de les partager ou de se procurer des économies. Ce contrat va définir les statuts de la société.

Mais le droit donne à ceux qui ont conclu un tel contrat, contrat de société, une autre possibilité. Ils peuvent déclarer leur contrat en l'immatriculant au RCS, et cette formalité va faire que la société va devenir un sujet de droit, une personne sur la scène juridique. Si cette formalité n'est pas accomplie, du point de vue du droit l'activité sera exercée par une simple personne physique. En revanche si le contrat est déclaré par l'immatriculation, en droit la personne qui exercera l'activité sera la personne morale qui vient d'être créée par l'immatriculation, un sujet de droit nouveau. Ce ne sont plus les personnes physiques qui gèrent la société, mais la personne morale qu'on appelle Société. La société c'est donc à la fois le contrat qui existe à l'origine plus l'immatriculation au RCS. Le législateur a admis la création de société personne morale sur le fondement non plus seulement d'un contrat mais aussi avec la possibilité pour une personne de créer une société. Depuis 1985, le législateur dit qu'on peut créer par un acte juridique unilatéral une société.

#### §2. Sociétés ayant la qualité de commerçant en raison de leur forme

- Explication

Si le projet est d'exercer une activité commerciale, on a pas le droit de choisir un type de société qui se nomme : sociétés civiles. En revanche, si le projet est de développer une activité commerciale ou civile, on a la possibilité de choisir une société commerciale. L'article L 210-1 précise qu'un certain nombre de sociétés sont des commerçants quelle que soit l'activité qui y est faite. La forme est qualifiée par la loi de commerciale et dans ce cas peu importe ce qui y est fait, la forme est commerciale. Il y a en tout six sociétés :

- Les SNC (Société en nom collectif)

- Les SARL (Société à responsabilité limitée)
- Les SCS (Société en commandite simple)
- Les SA (Société anonyme)
- Les SCA (Société en commandite par actions)
- Les SAS (Société par actions simplifiée)

La loi dit que ces sociétés sont commerçantes, quelle que soit leur activité.

- Illustrations

### 1. *La société en nom collectif (SNC)*

La SNC, l'organisation la plus simple, basique. Elles sont régies par les articles L221-1 et suivants. Il faut être deux au minimum. La particularité c'est que si jamais la société n'honore pas ses dettes, si elle ne paie pas ses créanciers, la loi dit que les créanciers de la société pourront demander paiement aux associés. La société est dirigée par un gérant, les décisions des associés suivent la règle de l'unanimité.

### 2. *La société à responsabilité limitée (SARL)*

La SARL est régie par les articles L 223. Au minimum la SARL peut avoir un associé, et dans ce cas on lui donne une appellation un peu différente : EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée). A la différence de la SNC, si la SARL ne paie pas ses créanciers, les créanciers ne peuvent pas agir sur le patrimoine personnel des associés. La SARL constitue vraiment un écran pour les associés qui sont protégés dans cette forme sociale. La SARL est dirigée au quotidien par un ou plusieurs gérants, mais celui-ci n'a pas tous les pouvoirs. Lorsque les associés ont à prendre une décision, ils vont voter et la décision pourra être prise même si tout le monde n'est pas d'accord car vote à la majorité.

### 3. *La société en commandite simple (SCS)*

La SCS, très peu utilisée. Il s'agit d'une société mixte. Certains associés ne sont pas tenus du passif, situation comparable à ceux de la SARL, on les appelle les commanditaires. Si la société ne paie pas on ne peut pas leur demander des comptes. A côté de ces commanditaires, il y a les commandités qui eux sont dans la situation des associés de la SNC. Les commandités, si la société ne paie pas, les créanciers pourront leur demander paiement sur leur patrimoine personnel.

### 4. *Les sociétés par actions*

- Les SA

Les SA, société dont la structure est complexe. De sorte qu'en principe lorsqu'on est peu d'associés, la structure de la SA, n'est pas forcément adaptée. La SA fait partie d'une catégorie plus large qui est la catégorie des sociétés par actions. En contrepartie des apports, on va distribuer des droits dans la société qui est un droit de vote. Les droits qu'on donne en contrepartie des apports se nomment des parts sociales. La différence entre les parts sociales et les actions, c'est que les secondes sont beaucoup plus simples à céder, à vendre, à transférer que les parts sociales. La réglementation applicable lorsqu'il s'agit de transférer des actions, facilite ce transfert par rapport aux cas des parts sociales. Les actions font partie de ce qu'on appelle les parts négociables. Pour faire une SA, il faut être 7 au minimum. Il n'y a pas de maximum. Généralement ces sociétés peuvent faire appel public à l'épargne. Ces sociétés lorsqu'elles ont besoin d'argent, la loi les autorise à faire appel à l'épargne du public pour les inviter à faire des apports et à devenir associés. Une technique pour faire appel est d'être coté en bourse. A la tête de la SA, il y a un directeur général. Le directeur général ne peut pas être

seul à tout décider, c'est pour cette raison qu'il existe dans la SA un collège constitué d'un petit noyau d'associés (une vingtaine). La loi dit que pour certaines décisions le directeur général ne peut pas être seul, il faut l'avis du conseil d'administration. Si la SA ne paie pas ses créanciers, ceux-ci ne pourront pas demander paiement aux associés.

- SCA

Les SCA, elles sont peu nombreuses (Michelin). Dans cette société on retrouve la dualité des SCS. Certains associés qui sont des commanditaires dont la responsabilité est limitée, c'est à dire qu'on ne peut pas leur demander paiement des dettes de la société. Et certains associés qu'on appelle des commandités qui sont tenus de payer les dettes de la société si celle-ci ne le fait pas. Les commandités sont détenteurs du pouvoir, ce qui est une forte contrepartie à leur situation de faiblesse en cas de dette de la société. Elles sont dirigées par un gérant. Il va de soi lorsque la société est cotée, les actionnaires qui investissent dans la société, sont des commanditaires et non des commandités.

- SAS

Les SAS, c'est la forme de société la plus jeune puisqu'elle date de 1994. Elle est régie par les articles L 227-1 et suivants du code de commerce. Ce type de société a été créé à la suite d'une demande de plus de souplesse, de simplification des milieux professionnels relayés notamment par le medef. Elle peut être constituée par un associé, et il n'y a pas de maximum. Quand un seul associé, c'est une SASU, société par actions simplifiée unipersonnelle. La responsabilité des associés est limitée, on ne peut pas demander aux associés de payer les dettes de la société. Elle est dirigée par un président qui la représente, parle en son nom. Les associés peuvent prendre des décisions périodiquement, décisions qui ne relèvent pas de la compétence du président.

Pour développer une activité civile, le législateur offre la possibilité de faire une société civile soit de prendre un des types de sociétés commerciales (SNC, SARL, SNC...). Dans ce cas il y aura un décalage entre l'activité qui est civile et la personne qui développe l'activité. On va faire abstraction de l'activité, tout ce qui compte c'est le fait de choisir que cette activité sera exercée par une personne morale, commerçante. Dans ce cas la, en cas de litige, il faudra aller devant le tribunal de commerce, la preuve sera libre... Obligation de tenir une comptabilité... Pour développer une activité commerciale, il faut choisir une société commerciale.

La société européenne a été initiée par une directive et un règlement européen. Elle n'est entrée dans le code de commerce qu'en juillet 2005, elle est désormais réglementée par les articles L 229-1 et suivants du code de commerce. Cet ajout date de la loi du 26 juillet 2005. Cela ressemble beaucoup à des sociétés anonymes. Le but est de faciliter les transferts au sein de la communauté européenne.

## **Section 2. Critère tiré de l'activité : la réalisation d'actes de commerce à titre professionnel, en son nom et pour son compte.**

### **Sous section 1. La réalisation d'actes de commerce.**

#### **§1. La difficulté de la qualification**

Idéalement il faudrait que le législateur nous donne une liste complète exhaustive des actes de commerce. Soit il faudrait que le législateur nous fournisse une définition des actes de commerce c'est à dire qu'il indique les caractères qui sont nécessaires et suffisant pour qu'un



acte juridique soit qualifié d'acte de commerce. Article L 110-1 qui donne une liste des actes de commerce, cependant cette liste est incomplète, dépassé. Elle n'a jamais été remise à jour. Par exemple on n'y trouve pas le transport aérien qui pourtant est considéré comme des actes de commerce. S'il existait un critère de commercialité, cela voudrait dire que tous les actes de commerce présenterait ce critère mais que seuls les actes de commerce auraient ce critère. Le critère de la spéculation est soit trop vague soit trop restreint.

Un autre critère a été proposé, l'entremise, l'intermédiaire. Les actes de commerce seraient des actes d'entremise, d'intermédiaire, sur les produits, les services, la main d'œuvre. Dans cette analyse un producteur, celui qui tire les choses de son fond n'est pas un intermédiaire, ne fait pas un acte d'entremise et donc les producteurs ne seraient pas commerçant si le critère était adéquat. Or c'est faux le législateur nous dit que certains producteurs, ceux qui exploitent les mines, pétroles, fer, sont des commerçants.

§2. Essai de présentation ordonnée des actes de commerce.

Cours du 25 avril 2006.

A. Publicité au registre du commerce et des sociétés.

L'article L123-1 du code de commerce donne la liste des personnes devant s'inscrire au RCS. les sociétés commerciales mais aussi des non commerçants. On y trouve les EPIC. Les associations ne peuvent pas s'immatriculer au RCS donc ne peuvent pas bénéficier des avantages du droit commercial.

Le décret du 30 mai 1984 fournit une liste des informations qu'on peut trouver lors d'une immatriculation. L'article 8, on y trouve les mentions concernant les personnes physiques.

Depuis une loi de 1<sup>er</sup> août 2003, quand on veut se lancer dans une activité indépendante on doit en informer impérativement son conjoint. Article L526-4, qui indique que quand un entrepreneur, une personne physique veut s'inscrire au RCS, et qu'il est marié, il doit informer son conjoint des conséquences éventuelles de cette immatriculation. Le législateur a considéré qu'il était important que le conjoint soit tenu des risques encourus. Curieusement il a même été émis l'idée non seulement d'informer le conjoint mais d'obtenir son autorisation.

Article L 526-1 permet à l'entrepreneur, également pour les commerçants, agriculteurs..., d'aller devant un notaire pour que sa résidence principale soit déclarée insaisissable. Il faut déclarer lors de l'immatriculation si cette démarche a été faite.

Les modalités de publicités.

Demande d'immatriculation

On est obligé de passer par l'intermédiaire d'un CFE (centre de formalité des entreprises). Ils

sont régis par un décret du 19 juillet 1996.

Les CFE vont recueillir toutes les déclarations requises du commerçant, ils doivent transmettre

ensuite ces déclarations à tous les organismes concernés, au greffe du tribunal mais aussi aux

services fiscaux. L'obligation de passer par les CFE a été maintenue. Mais parallèlement l'autorisation a été donnée aux entrepreneurs de demander directement leur immatriculation au greffe du tribunal de commerce.

Un récépissé de création d'entreprise qui va permettre à l'entrepreneur de s'amorcer dans son activité.

Rôle du greffier

C'est d'abord un rôle formel dans le sens où ils doivent vérifier que toutes les informations sont exactes.

Dans le cas où les greffiers refusent l'immatriculation, il est possible de déposer un recours devant le juge spécialement chargé de faire la surveillance du registre. Le juge rend une ordonnance qui est susceptible d'appel.

Effets des publicités et de leurs omissions

Effets de l'immatriculation et de la non immatriculation

Il faut faire une distinction selon que la question concerne une personne physique ou une personne morale.

Lorsqu'une personne physique s'immatricule au RCS, cela emporte une présomption de commercialité. Le principe est que lorsqu'une personne physique s'immatricule, cette personne est présumée commerçante L123-7 du code de commerce.

Pour les tiers la présomption est simple, ils peuvent prouver qu'en dépit de l'immatriculation, la personne immatriculée n'est pas commerçante. C'est le contraire pour l'immatriculée, la personne immatriculée est présumée en principe de manière irréfragable commerçante, c'est à dire qu'elle ne peut pas renverser la présomption.

La personne peut prouver qu'elle n'est pas commerçante, si le tiers connaissait cette situation de non commercialité.

Article L123-8 du code de commerce, je ne peux pas me prévaloir des règles du droit commercial, mais je ne peux pas non plus me prévaloir de ma non immatriculation pour échapper aux règles du droit commercial.

personnes morales

l'immatriculation au RCS fait naître la personne morale société. Elle fait naître la personne morale, GIE.

2. les effets de la publicité ou de son omission.

Article 123-9 du code de commerce. En ce qui concerne les tiers, ils peuvent tirer se prévaloir d'un acte ou d'un fait concernant le commerçant, personnes physique ou morale, que la publicité exigée ait été faite ou non. Il ne peut invoquer que les faits ou les actes qui ont été publiés. Le principe est que le commerçant ne peut pas se prévaloir d'acte ou faits qu'il n'a pas fait alors qu'il aurait du les publiés.

Tempérament, s'il trouve que les tiers auxquels il veut opposer l'acte connaissait parfaitement cet acte bien qu'il ait fallu une publicité.

§2. Autres publicités requises

bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Le bodacc sert de relais, de telle sorte que lorsqu'on est obligé de faire une publicité au RCS, très souvent le législateur impose en même tps de faire une publicité au Bodacc car dans le bodacc on aura seulement un avis, informations minimums, qui permettront après de se rediriger.

Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO). La loi prescrit dans beaucoup de cas de faire des publicités au RCS, au BODACC mais aussi dans des journaux d'annonces légales, ce sont des journaux privés qui ont reçu un agrément préfectoral et qui sont donc habilités à recevoir des publicités imposées par la loi ou les textes réglementaires.

Sous section 2. les formalités comptables.

§1. Obligation générale de tenir une comptabilité.

Obligation de donner une image chiffré de ce qu'il possède, de ce qu'il doivent, de ce qu'ils font. Autrement dit essayer de donner une image chiffrée de ce qu'est l'entreprise.

Les livres que doit tenir une entreprise,

le livre journal : chaque jour inscrire par ordre chronologique toutes les opérations effectuées.

Le grand livre : on trouve à la fois les comptes des partenaires, ou clients. On trouve donc des comptes qui donnent l'état des relations avec tel ou tel partenaire ou client.

Dans ce gd livre on doit également tenir les comptes par opérations. (Compte du client + compte de la vente)

Le livre d'inventaire : L 123-12 c'est un état chiffré de l'actif et du passif de l'entrepreneur.

A coté de ces livres que le commerçant doit tenir, le commerçant doit tenir des comptes annuels, établit donc une fois par an, pour faire une sorte d'état des lieux de l'année.

Le bilan qui fait apparaître séparément l'actif et le passif.

Le compte de résultat, dont l'objet est de faire ressortir le bénéfice ou le déficit de l'année passée.

Annexe, qui est un commentaire que doit dresser le chef d'entreprise à propos du bilan et du compte de résultat.

Pour le chef d'entreprise, ce peut être une cause de sanction civile de ne pas tenir une comptabilité.

L'administration fiscale peut rejeter la comptabilité irrégulière et donc imposer le contribuable sur une autre base.

Sur le terrain pénal, le fait d'établir une comptabilité irrégulière et d'utiliser cette comptabilité est susceptible d'être qualifié de « faux et usage de faux » article 440-1 du code pénal, 3 ans d'emprisonnement et 45000 euros.

B. L'utilité de la tenue d'une comptabilité.

Parce qu'elle a un rôle en matière de preuve, la comptabilité doit être conservée pendant 10 ans. L 123-22 impose au commerçant la conservation de ces documents.

1. Le litige oppose deux commerçants et concerne leurs activités professionnelles L 123-23. Le principe est que chaque partie peut invoquer pour prouver ses allégations aussi bien la comptabilité de l'adversaire que sa propre comptabilité. Règle de l'indivisibilité de la comptabilité. Celui qui invoque la comptabilité à titre de preuve ne peut pas la diviser, c'est à dire invoquer un seul élément qui lui serait favorable en rejetant les autres éléments. Cette règle suppose que la comptabilité soit régulière. En revanche un commerçant peut se prévaloir de la comptabilité de son adversaire même si elle n'est pas régulière. Et alors le principe d'indivisibilité ne joue pas. En droit civil, quand on a un écrit en bonne et due forme le juge doit tenir pour vrai ce qui est inscrit même s'il a une conviction contraire, il doit s'en tenir à l'écrit, il n'a pas de pouvoir d'appréciation. En droit commerciale, la jurisprudence retient que le juge n'est pas totalement lié, il possède un pouvoir d'appréciation donc la comptabilité n'a pas la même force que l'écrit du droit civil.

2. le litige oppose un commerçant à un non commerçant.

Article 1329 et 1330 du code civil. Le commerçant ne peut en principe pas invoquer sa propre comptabilité contre le non commerçant pour apporter la preuve de ce qu'il avance (1329).

Article 1330 qui dit que le non commerçant peut se prévaloir de la comptabilité du commerçant. Mais s'il s'aventure sur ce terrain, la règle de l'indivisibilité va s'appliquer au non commerçant. Dès lors que le non commerçant invoque pour prouver quelque chose, puisque la règle de l'indivisibilité joue, cela autorise le commerçant à invoquer sa comptabilité pour se défendre.